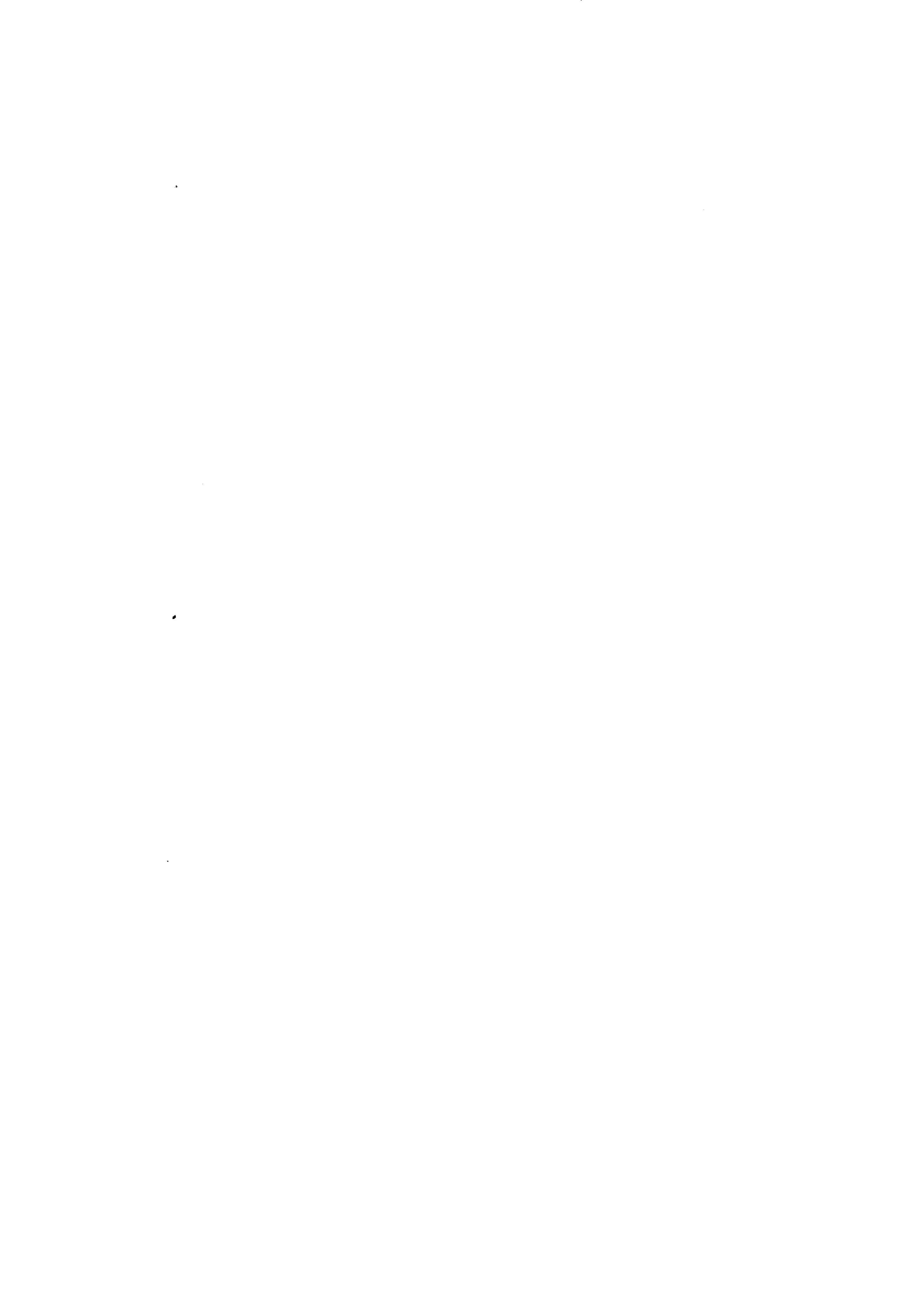


أحكام الشفعة

في الشريعة الإسلامية

الدكتور
محمد عبد المقصود جاب الله



بسم الله الرحمن الرحيم

نحمد الله سبحانه وتعالى ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وشرور خلقه، من يهد الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادى له، ونصلى ونسلم على صفوته من خلقه، وخاتم رسله، سيدنا ومولانا محمد ابن عبد الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه.

وبعد.

فهذا بحث فى أحكام الشفعة فى الشريعة الإسلامية، قصدت به تجلية معناها، وإظهار حكمة الشارع من تشريعها، مع ما يبدو من كون الاستحقاق بها مناف لتحريم أخذ مال الغير إلا بطيب نفس منه، مع أنها إنما شرعت لدفع الضرر عن الشريك والجار بدفع أذى الدخيل من غير ضرر يلحق بالبائع تصديقاً لقول رسول الله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»(١).

وقد ضمنت هذا البحث سبعة مطالب وخاتمة على النحو التالى :

المطلب الأول : فى تعريف الشفعة لغة وشرعا.

المطلب الثانى : فى دليل مشروعيتها من السنة والإجماع وسببها وحكمتها.

المطلب الثالث : فى من له حق الشفعة.

المطلب الرابع : فى المال الذي تجوز فيه الشفعة.

المطلب الخامس : فى التصرف الذى يثبت الشفعة فى العقار.

المطلب السادس : فى كيفية الأخذ بالشفعة عند الانفراد وتعدد الشفعاء.

المطلب السابع : فى شروط الأخذ بالشفعة، ومتى يأخذ الشفيع.

---

١ ـ الجامع الصغير ٢ / ٢٠٣

الخاتمة : في أحكام تتعلق بالشفعة .

ورائدي في ذلك الوصول إلى الحق بتبسيط الأحكام وإبرازها حتى نكون على بينة من أمر ديننا عند التعامل فيما بيننا .

والله أسأل أن يجنبني الخطأ ، وأن يعصمني من الزلل ، وأن يجعل نفعه محققا ، إنه أكرم مأمول ، وأعظم مسئول وإنه نعم المولى ونعم النصير وهو حسبي ونعم الوكيل ؟

د / محمد عبد المقصود جاب الله
كلية الدراسات الإسلامية والعربية
للبنات بالإسكندرية

الأسكندرية في يوم الخميس ٤ من المحرم ١٤٠٥
من هجرة سيد الخلق صلى الله عليه وسلم
الموافق ١٩ من سبتمبر ١٩٨٥م .

شكر وتقدير

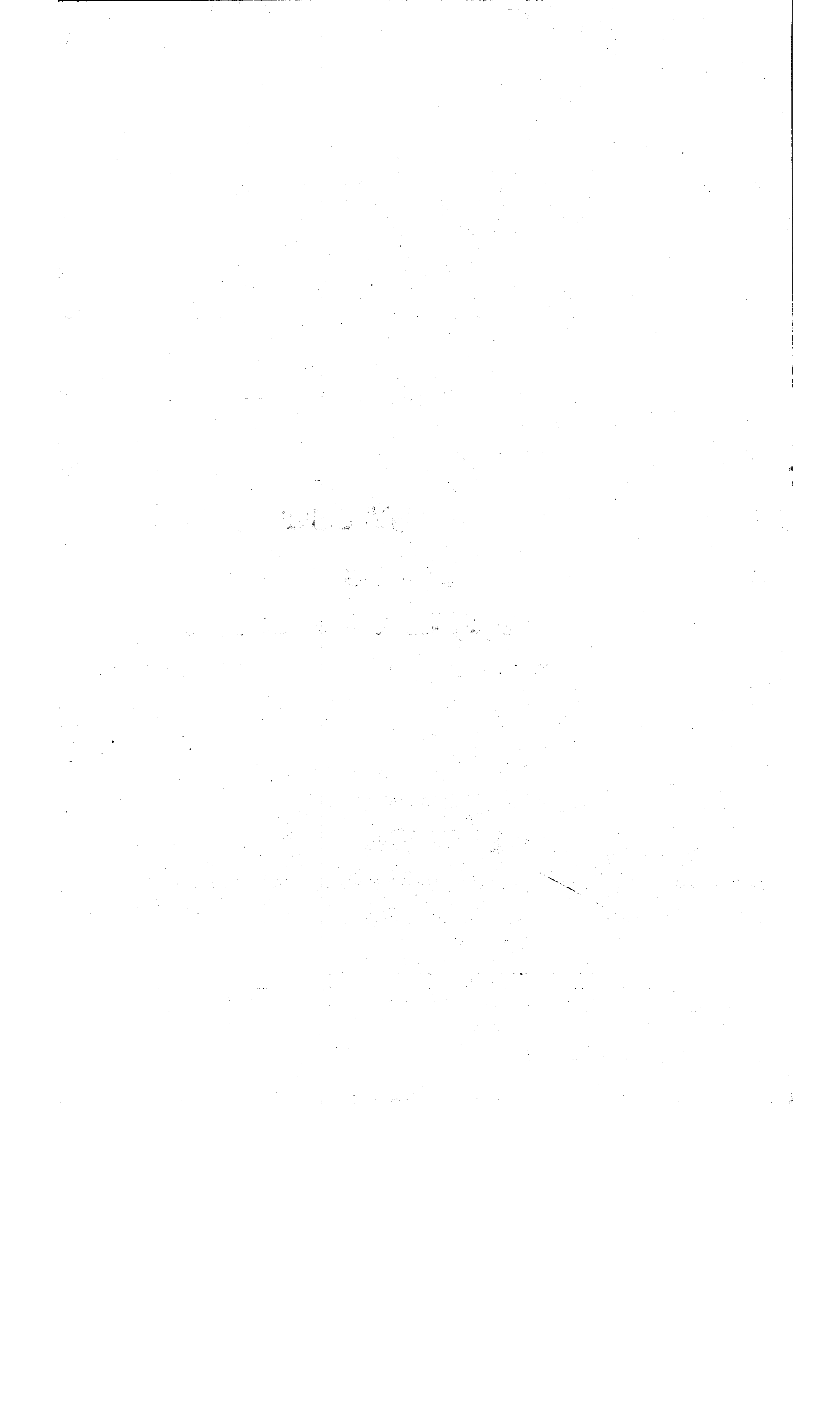
لا يسعني الا أن أتقدم بالشكر والعرفان للفنان الأستاذ / محمد احمد القاضي الخطاط والرسام بالتليفزيون الذي قام بكتابة العناوين بخطه الجميل مقدرا له صدق أخلاصه وعظيم مروءته داعيا الله أن يكرمه بالعلم والدين والفن الذي وهب حياته لهم وأن يوفقه لخدمة الأنسانية التي يعطيها من جهده الكثير الذي يفوق طاقة أي أنسان وأن يبارك في عمره ويمتعه بالصحة والسعادة .

المؤلف

المطلب الأول

فى

تعـــريف الشفعة لغـــة وشرعا



المطلب الاول
في
تعريف الشفعة لغة وشرعا

١ - تعرفيها لغة : الشفعة لغة : الضم مأخوذ من الشفع بإسكان الفاء خلاف الوتر هو الزوج ، ومنه شفاعة النبي ﷺ للمذنبين ، لأنه يضمهم به إلى الفائزين . ، وقيل من الزيادة والتقوية : أى ضم أوزار ، لأن من له حق الشفعة وهو الشفيع يضم ما يمتلكه بالشفعة إلى ملكه ، ويزيده عليه ، فلذلك سمى شفعة فهي اسم للملك المشفوع بملك(١)

٢ - الشفعة شرعا : عرف الفقهاء الشفعة بأنها :

« تملك العقار جبرا على المشترى بما قام عليه من ثمن وتكاليف »(٢).

وبأنها : « استحقاق شريك أخذ ما عارض به شريكه من عقار بثمنه ، أو قيمته بصيغة »(٣)

---

١ - القاموس ٣/٤٥ - ٤٦ ، مختار الصحاح ص٣٤١ ، المعجم الوجيز ص٣٤٦

٢ - تبين الحقائق بحاشية الشلبي ٥/٢٣٩ ، فتح القدير ٧/٤٠٥ ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار الشهير بابن عابدين ٥/١٤٢ ، مجمع الأنهر ٢/٤٧١ الجوهرة شرح الميداني ١ / ٣٧٤ ، وقد نصت المادة ٩٥ من مرشد الحيران على أن « الشفعة هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبرا على المشترى بما قام عليه من الثمن والمؤن » .

٣ - حاشية الدسوقي ٣/٤٧٣ ، الشرح الصغير ٣/٢٥٤ ، حاشية الصاوي ٢/٢٤٩ منح الجليل ٣/٥٨٢ وقد نص فيه ابن رشد في المقدمات الأصل في تسميتها بذلك .

إذا باع شريكه المسلم أو الذمى نصيبه لذمى أو مسلم، فللذمى الأخذ من المشترى بالشفعة .

أما إذا كان الشريكان ذميين باع أحدهما نصيبه لذمى ، فشرط القضاء بها أن يترافعا إلينا ، فمتى كان أحد الثلاثة (الشفيع ، أو المشترى ، أو البائع) مسلما فهى ثابتة ترافعا إلينا أو لم يترافعا ، وإلا فلا تثبت إلا بالترافع (١)

وأثبتها الآخرون مطلقا لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « فشريكه أحق به » (٢)

وأثبتها الإمام أحمد والزيدية والإمامية للذمى إذا كان المشترى ذميا مثله (٣)

أما إذا كان المشترى مسلما فلا يثبت له هذا الحق ، وكأنهم يشترطون المساواة أو العلو فى الدرجة عند المطالبة بالشفعة (٤)

وقال الشعبى وابن أبى ليلى لا شفعة للذمى مطلقاً ولا للصغير المسلم عند ابن أبى ليلى (٥) وذلك من باب التغليظ على الذمى من حيث أن فى إثبات الشفعة له تسليطا على المسلم بأخذ حقه بنوع من القهر والغلبة لا سيما مع عدم طيب نفس المسلم بذلك .

---

١ ـ حاشية الدسوقى ٤٧٣/٣ ، منح الجليل ٥٨٣/٣ ، الشرح الصغير ٢٥٤/٣

٢ ـ خرجه مسلم ٥٧/٥

٣ ـ السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ١٧٥/٣ لجنة إحياء التراث بالمجلس الأعلى للشئون الإسلامية وزارة الأوقاف القاهرة ١٤٠٤ هـ ؛ المغنى ٢٨٨/٥ ـ ٦ ٣٨٨ شرائع الإسلام ٢٥٥/٣ .

٤ ـ المغنى ٥ /٢٨٨ ، كشاف القناع ١٤٩/٤ /١٨٢ وفيه : إن كان المنتقل إليه الملك مثله أى الشفيع فى الإسلام أو الكفر ، أو دونه بأن كان الشفيع مسلما والمشترى كافراً فإن كان العكس فلا شفعة ، شرائع الإسلام ٢٥٥/٣ .

٥ ـ المحلى ٩٤/٩ ، مجمع الأنهر ٤٨٢/٢ .

٣ – الراجح . أنه تثبت للشفيع مطلقا مسلما كان أو ذميا للعمومات ولأنهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوى فيها الذكور والإناث والصغير والكبير لإطلاق الحديث حيث لم يفرق بين شريك ولا جاز في قوله عليه الصلاة والسلام : « الجار أحق بسقبه » أي شفعته(١) وروى عن شريح أنــه قضى بالشفعة لذمي على مسلم ، فكتب إلى سيدنا عمر رضى الله عنه فأجازه ، وكان بمحضر من الصحابة ، فيكون هذا إجماعا(٢) .

---

١ – خرجه البخاري وأبــو داود والنسائي سبل السلام ٧٣/٢ ، الجامع الصغير ١٤٤/١ وانظر مجمع الأنهر ٤٨٢/٢.

٢ – البدائع ٢٧٠٨/٦ وقد نص فيها على أن « إسلام الشفيع ليس بشرط لوجوب الشفعة فتجب لأهل الذمة فيما بينهم ، للذمي على المسلم ، لأن هذا حق التملك على المشتري بمنزلة الشراء منه ، والكافر والمسلم في ذلك سواء لأنه من الأمور الدنيوية ».

المطلب الثانى
فى
دليل مشروعيتها من السنة والاجماع وسببها وحكمتها

٤ — دليل مشروعية الشفعة : والشفعة ثابتة بالسنة والإجماع .

أما من السنة : فأولا : ماروواه جابر رضى الله عنه قال : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعة [١] أو حائط لايحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه ، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإن باع ولم يستأذنه فهو أحق به [٢] .

وثانيا : بما خرجه البخارى عن جابر رضى الله عنه « إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلا شفعة » [٣]

وثالثا : بما روى عن سمرة عن النبى ﷺ قال : « جار الدار أحق بالدار من غيره » رواه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه [٤] .

٥ — وأما الإجماع : فقد نقل ابن المنذر إجماع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فى كل زمان ومكان من غير نكير على ذلك من أحد أئمة الإسلام [٥] .

---

١ — الربعة : المنزل ، الحائط : البستان .
٢ — خرجه مسلم ٥ / ٥٧ وخرجه النسائى وأبو داود ، انظر نصب الراية ٤/ ١٧٢
٣ — عمدة القارى بشرح صحيح البخارى ٧١/١٢ ، ١٣ / ٦٠ ، إرشاد السارى ١٢٣/٤ ، فتح البارى ٣١٣/٩ .
٤ — نيل الأوطار ٣٣٤/٥ .
٥ — المغنى ٢٢٩/٥ ، السيل الجرار ١٧١/٣ ، الإجماع لابن المنذر ص ٩٥ .

وزعم أبو بكر بن الأصم بأن حق الشفعة لايثبت للشفيع : لأن في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك ؛ فإن المشترى إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ؛ لأنه يؤخذ منه من غير رضاه وهذا يعتبر نوعا من الأكل بالباطل وقد قال عليه الصلاة والسلام « لايحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [1] ، ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشترى في إبطال ملكه عليه ، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره وقد قال عليه الصلاة والسلام « لاضرر ولاضرار » [2] وربما يتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك . وقد نقل هذا القول عن جابر بن زيد من كبار التابعين [3].

وهذا ليس بشئ لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله .

والجواب عما ذكره ابن الأصم من وجهين :

أحدهما :

أننا نشاهد الشركاء يبيعون ولايعدم من يشترى منهم غير شركائهم ، ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء .

الثاني : أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم ، فيسقط استحقاق الشفعة [4].

وهذا هو الواقع فالشركاء يبيعون ولايحجم غير الشركاء عن الشراء منهم بسبب استحقاق الشفعة .

---

١ ـ كنوز الحقائق بهامش الجامع الصغير ١٧٤/٢ خرجه أحمد في مسنده .
٢ ـ الجامع الصغير ٢٠٣/٢ .
٣ ـ كفاية الأخيار ١ / ١٨٤ .
٤ ـ المغنى ٢٢٩/٥ ، كشاف القناع ١٤٩/٤ ، إرشاد السارى للقسطلانى ١٢٢/٤ نيل الأوطار ٥ / ٣٣١ ، السيل الجرار ٣ / ١٧١ .

٦ - سببها :

وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشترى بشركة أو جوار ، وقيل : سببها البيع : بدليل أن الشفيع لو أسقط الشفعة قبل الشراء لايصح ؛ لكونه إسقاطاً قبل وجوب سببه وهو البيع ، ولو كان السبب الإتصال لصح الإسقاط لكونه بعد وجود السبب .

وأجيب عن ذلك بأنه إنما لم يصح الإسقاط قبله لفقد شرطه وهو البيع؛ لأن السبب لايكون سببا إلا عند وجود شرطه كما فى الطلاق المعلق (١) .

٧ - حكمة مشروعيتها :

وحق تملك الشفيع للعقار الذى اشتراه أجنبى يدفع عنه ضرر حلول شريك أو جار محل شريكه أو جاره الحالى فيما يملكه على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث إعلاء الجدار وإيقاد النار، ومنع ضوء النهار ، وإثارة الغبار ، وإيقاف الدواب والصغار لاسيما اذا كان المشترى يضاده فى الأخلاق والعادات ، وقد قيل « أضيق السجون معاشرة الأضداد » ، وأن المقصود بالآية الكريمة « لأعذبنه عذابا شديداً » إلزامه بصحبة الأضداد .

وقيل شعراً :

« كم معشر سلموا لم يؤذهم سبع .. ومانرى أحداً لم يؤذه بشر »

« وبجوارها تعلو الديار وترخص »

---

١ - تبيين الحقائق ٥ / ٢٤٢ ، ابن عابدين ٥/١٤٢ ، بدائع الصنائع ٦/٢٦٨١ مطبعة الإمام ١٣ ش محمد كريم بالقلعة الناشر زكريا علي يوسف ، نهاية المحتاج ٥ / ١٩٤ وقد نصت المادة ٩٦ من مرشد الحيران علي أن « سبب الشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالعقار المبيع اتصال شركة أو اتصال جوار

ولا يقال : إن ما ذكر ضرر موهوم ، والأخذ من المشترى ضرر محقق به لأنه غالب فيرفع قبل وقوعه ، وإلا فسر بما لا يمكن رفعه [١] .

وجاء فى أعلام الموقعين [٢] « إن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه بقاه على حاله ، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به ، ولما كانت الشركة منشأ الضرر فى الغالب فإن الخلطاء يكثر فيهم بغى بعضهم على بعض ، شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه ، وبالشفعة تارة وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر فى ذلك ؛ فإذا اراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبى ، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبى ، ويزول عنه ضرر الشركة ، ولا يتضرر البائع ؛ لأنه يصل إلى حقه من الثمن ، وكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد » .

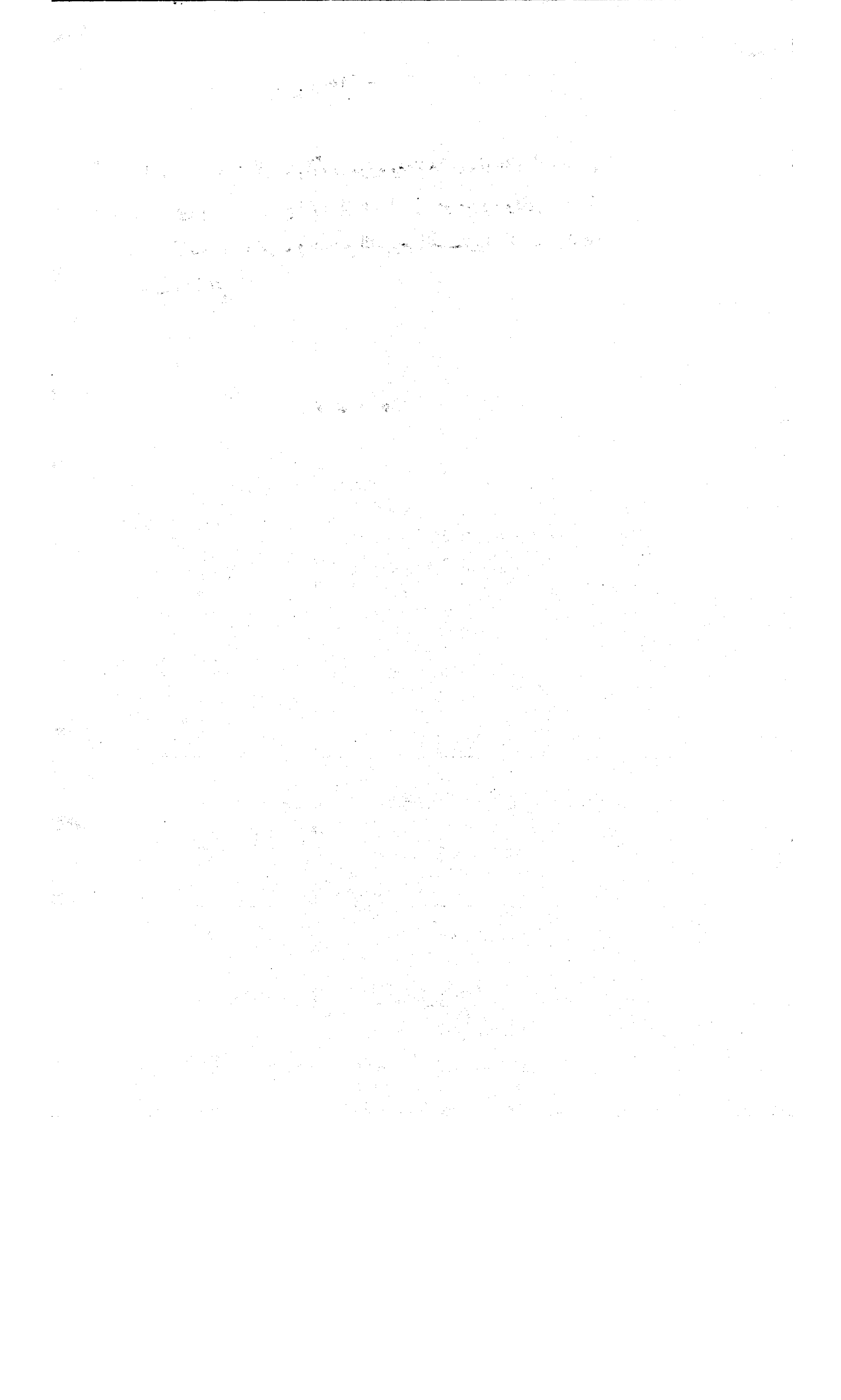
وللشفعة فيما خلا اجتناب أذى الدخيل ميزة ثانية ترمى لمنع الشيوع وتجزئة العقارات إلى قطع صغيرة يترتب عليها مؤنة القسمة التى يتحملها الشفيع مع المشترى واستحداث المرافق وغيرها من منور ومصعد وبالوعة فى الحصة الصائرة إليه [٣] .

ويترتب حق الشفعة فى مطلق الأحوال،ولو لم يتحقق ضرر الشريك أو الجار؛

١ ـ تبيين الحقائق ٥ / ٢٣٩ ، مجمع الأنهر ٢ / ٤٧٢ ، ابن عابدين ٦ / ٢١٥
٢ ـ أعلام الموقعين ٢ / ١٣٩ مطبعة نهضة مصر بتعليق طه عبد الرؤف سعد الناشر مكتبة الكليات الأزهرية ٩ شارع الصنادقية بالأزهر .
٣ ـ كفاية الأخيار ١ / ١٨٤ ، أعلام الموقعين ٢ / ١٤٢ .

لأن هذا الضرر ، يحدث غالبا ، والأولى درؤه وتلافيه قبل وقوعه ؛ إذ ربما لايمكن رفعه فيما بعد . فلا يصح القول إن هذا الضرر موهوم ، ولايثبت حق على الوهم لأنه متى توافرت فى التشفيع الشروط المقررة للأخذ بالشفعة ثبت له هذا الحق .

* * * *



المطلب الثالث
فى
من لهم حق الشفعة

٨ - من هو الشفيع ؟.

اتفق الفقهاء : جيما على إثبات الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فيما يبع من أرض أو دار أو حائط [١].

واختلفوا فيما عدا ذلك إلى ثلاثة أقوال : —

أولها : ماذهب إليه الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد وأهل المدينة ، والزهرى ، وسليمان بن يسار ، والأوزاعى ، وربيعة وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر والإمامية وغيرهم إلى أنه لاشفعة للشريك فى حقوق البيع ، ولا للجار ولاتثبت الا للشريك الذى لم يقاسم .

وثانيها : ماذهب إليه الإمام أبو حنيفة وأصحابه ، والعترة ، والثورى وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وابن المبارك ، والشعبى وشريح وابن سيرين والحكم وحماد والحسن وطاووس [٢] .

ا - من إثبات الشفعة بالشركة فى نفس المبيع .

ب - ثم بالشركة فى حقوق المبيع .

ج - ثم بالجوار .

---

١ - الإجماع لابن المنذر ص ٩٥ الطبعة الثالثة ١٤٠٢ هـ الإسكندرية تحقيق الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد ، الميزان للشعرانى ٢ / ٨٦ .

٢ - المراجع السابقة ، رحمة الأمة ٢ / ٣٧ الترمذى فى جامعة حاشية الشلبى ٥ / ٢٤٠ ، القوانين الفقهية ص ٣١٣ ، السيل الجرار ٣ / ١٧١ .

وقال أبو حنيفة : يقوم الشريك فإن لم يكن وكان الطريق مشتركا كدرب (طريق) لا ينفذ ثبتت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب فإن لم يأخذوا ثبتت للملاصق من درب آخر خاصة .

وثالثها : ماذهب إليه ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وابن حزم والإمامية فى قول وهو قول عمر بن عبد العزيز وقول القاضيين سوار بن عبدالله وعبيد الله بن الحسن العنبرى من إثبات الشفعة للشريك وللجار إن كان مع جواره شريكا أيضا فى حق من حقوق الارتفاق الخاصة مثل الطريق أو الشرب [١] .

٩ — الأدلة :

استدل الفريق الأول الذين أبطلوا الشفعة بالجوار وأثبتوها للشريك فقط بأدلة نقلية وعقلية (١) فمن الأدلة النقلية [٢] .

١ - بما رواه جابر عن النبى ﷺ وأخرجه البخارى قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » .

وفى لفظ « إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » [٣] .

---

١ ـ المراجع السابقة المبسوط ٩٤/١٤ القوانين الفقهية ص ٣١٣ المهذب ٣٧٧/١ المحلى ٩ / ١٠٠ المغنى ٥ / ٣٠٨ شرائع الإسلام ٣ / ٢٥٤ عقود الجواهر المنيفة فى أدلة مذهب الإمام أبى حنيفة ٢ / ٥٨ نيل الأوطار ٥ / ٣٣١ سبل السلام ٣ / ٢٥٤ ومابعدها وانظر المواد ١٠٠٨ — ١٠١٢ من مجلة العدلية ومرشد الحيران المواد ٩٦ — ١٠٣ منح الجليل ٣ / ٥٨٥ .

٢ ـ راجع أعلام الموقعين ٢ / ١٤٧ ومابعدها .

٣ ـ إرشاد السارى للقسطلانى ٤ / ١٢٣ والحديث فيه الحصر بإنما وقصرها على العقار الذى لم يقسم فتح البارى ٩ / ٣٣١ .

ب - بما أخرجه مسلم من طريق أبي الزبير عن جابر بلفظ « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط ولا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به » (١).

= وقوله « فإذا وقعت الحدود » أي حصلت القسمة وأقيمت الحدود واتضحت بالقسمة معالمها.

وقوله « وصرفت الطرق » بضم الصاد وتخفيف الراء المكسورة وقيل بتشديدها أي بينت مصارفها وكأنه من التصريف والتصرف قال ابن مالك: معناه خلصت وبانت وهو مشتق من الصرف بكسر المهملة وهو الخالص من كل شيء سمي بذلك لأنه صرف عنه الخلط فيلى هذا صرف مخفف الراء وعلى الأول أي التصريف والتصرف مشدد نيل الأوطار ٥ / ٣٣١ وما بعدها المهذب ١ / ٣٩٦.

١ - المصدر السابق وصحيح مسلم ٥ / ٥٧ أعلام الموقعين ٢ / ١٤٧ قوله « في كل شرك » وفي رواية « في كل شركة » وهي بكسر الشين المعجمة وإسكان الراء من أشركته في البيع إذا جعلته لك شريكا ثم خفف المصدر بكسر الأول وسكون الثاني فيقال شرك وشركة كما يقال كلم وكلمة.

وقول: « ربعة » بفتح الراء وسكون الوحدة تأنيث ربع وهو المنزل الذي يرتبعون فيه في الربيع ثم سمي به الدار والمسكن.

وقوله: « لا يحل له أن يبيع » إلخ ظاهره أنه يجب على الشريك إذا أراد البيع أن يؤذن شريكه - جاء في شرح الإرشاد أن الحديث يقتضي أنه يحرم البيع قبل العرض على الشريك. وقد قال الشافعي إذا صح الحديث فاضربو بقولي عرض الحائط وحكى القرطبي عن بعض مشايخه القول بوجوب الإعلام ... وحمله الجمهور من الشافعية وغيرهم على الندب وكراهة ترك الإعلام.

وقوله « فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » فيه دليل على ثبوت الشفعة للشريك الذي لم يؤذنه شريكه بالبيع وأما إذا أعلمه الشريك بالبيع =

قال الشافعي : ثنا سعيد بن سالم ثنا ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ أنه قال : « الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة »

وفي سنن أبي داود بإسناد صحيح من حديث أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا قسمت الأرض وحدت فلاشفعة فيها » (١)

حـ ـ وفي الموطأ من حديث ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم ، فاذا صرفت الطرق ووقعت الحدود فلا شفعة » (٢) .

وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : « إذا صرفت الحدود وعرف الناس حدودهم فلا شفعة بينهم » .

وعن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال : « إذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعه فيها » وهذا قول ابن العباس .

وكان أحمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أصح ماروي في الشفعة وكان ابن معين يقول : مرسل مالك أحب إلي (٣)

٢ ـ إن الضـرر اللاحق بالشركة هو ماتوجبه من التزاحم في المرافق والحقوق والإحداث والتغيير والإفضاء إلى التقاسم الموجب لنقص قيمة ملكه عليه.

٣ ـ حالة الشريك تفترق عن حالة الجار في مدى حقوق كل منهما ، فإن للشريك على شريكه حق مطالبته بالقسمة وحق منعه من التصرف في المال المشترك

= فأذن فيه فباع فقال جمهور العلماء لايعتبر الأذن مبطلا لحقه ويجوز له الأخذ بالشفعة : نيل الأوطار

١ ، ٢ ـ أعلام الموقعين ١٤٧/٢، نيل الأوطار ٣٣١/٥، الموطأ ص٣٠٥/٥/٣٣١

٣ ـ بداية المجتهد ٢ / ٢٧٩

ولذلك ثبت له حق استحقاق الملك إذا بيع لغيره ، أما الجار فليس له شيء من قبل جاره .

والحكمة من شفعة الشريك أيضا هي تجنب مضار القسمة التي قد تؤدي إليها مضايقة الشريك الجديد ولذلك منح هذا الحق للتخلص منها بانتزاع المبيع على وجه لا يضر بالبائع ولا بالمشتري ولا تنطبق هذه الحكمة على حالة الجار ، فليس للجار حق يصلح أساسا للشفعة ، ولا تتوافر بالنسبة له الحكمة منها .

٤ ـ إن الشارع كما يقصد منع الضرر عن الجار فهو أيضا يقصد رفعه عن المشتري ولا يجب أن تكون مصلحة الأول مسوغا للاضرار بالثاني فإذا صح للجار بالشفعة من المشتري الذي يحتاج لدار يسكنها هو وعياله تعذر عليه الحصول على دار مالم تكن خالية من الجوار وهذا متعذر ومستحيل بخلاف الشركة فإن المشتري يمكنه أن يحصل بسهولة على دار لا شركة فيها .

يضاف إلى ذلك أن الضرر الواقع على المشتري بسبب شفعة الشريك بسيط جداً بالنسبة للضرر الذي يلحق الشريك الشفيع ، لأن المشتري لا يمكنه الانتفاع مستقلا بما اشتراه بينما الشريك يمكنه ذلك بضم المبيع إلى ملكه .

٥ ـ قالوا وحينئذ يتعين حمل أحاديث شفعة الجوار على مثل مادلت عليه أحاديث شفعة الشركة ، فيكون لفظ الجار فيها مراداً به الشريك ووجه هذا الإطلاق المعنى والاستعمال اللغوي :

أما المعنى ، فإن كل جزء من ملك الشريك مجاور لملك صاحبه ، فهما جاران حقيقة .

وأما الاستعمال اللغوي فإنهما خليطان متجاوران ، ولذا سميت الزوجة جارة كما قال الأعشى :

أيا جارتى بينى فإنك طالق ‏ ‏ كذاك أمور الناس غاد وطارق

والمراد زوجته وهى شريكته فى الفراش :

فتسمية الشريك جاراً أولى وأحرى

وقال حمل بن ملك : كنت بين جارتين لى :

ورد على ذلك بأن فى هذا ترك الحقيقة إلى المجاز من غير دليل ثم الزوجة تسمى جارة، لأنها مجاورة فى الفراش تتصرف عنه، لا لأنها تشاركه وفى الأحاديث مايدل على بطلان هذا التأويل (١).

٦ ـ الشفعة ثبتت على خلاف القياس كيلا يلزمه مؤنة القسمة وهذا المعنى لا يتحقق فى الجار لأنه لا يقاسم (٢).

١٠ ـ أدلة القائلين بثبوت الشفعة بسبب الجوار :

احتج الإمام أبو حنيفة ومن معه بأدلة عقلية ونقلية منها :

١ ـ منع مضايقة الجار ، فإن الجار قد يسىء إلى جاره غالبا أو كثيرا فيعلى الجدار ، ويتبع العقار ، ويمنع الضوء ، ويشرف على العورة ويطلع على العثرة، ويؤذى جاره بأنواع الأذى ، ولايأمن جاره بوائقه ، وهذا مما يشهد به الواقع ، وقد قيل : « أضيق السجون معاشرة الأضداد (٣) .

٢ ـ ماأوصى به الله ورسوله فى القرآن الكريم والسنة النبوية من إكرام والإحسان إليه ، وعلق النبى ﷺ الإيمان بالله واليوم الآخر بإكرامه .

---

١ ـ أعلام الموقعين بتصرف ٢ / ١٤٨ ، المبسوط ١٤ / ٩٠ ، نيل الأوطار ٥ / ٣٣٢ المغنى ٥ / ٣١٠ ، الأم ٤ / ٦ .

٢ ـ تبيين الحقائق ٥ / ٢٤٠

٣ ـ إعلا الموقعين ٢ / ١٤٣ ، تبين الحقائق ٥ / ٢٣٨

وقال الإمام أحمد : الجيران ثلاثة : جار له حق ، وهو الذمى الإجنبى له حق الجوار ، وجار له حقان ، وهو المسلم الأجنبى له حق الجوار وحق الإسلام وجار له ثلاثة حقوق وهو المسلم القريب له حق الجوار وحق الإسلام وحق القرابة .

ومثل هذا ولو لم يرد فى الشريك فأدنى المراتب مساواة به فيما يندفع به الضرر ، لاسيما والحكم بالشفعة ثبت فى الشركة لإفضائها إلى ضرر المجاورة فإنهما إذا اقتسما تجاورا .

٣ - الحكم بالشفعة ثبت فى الشركة ؛ لإفضائها إلى ضرر المجاورة ، فإنهما إذا اقتسما تجاورا ولهذا اختصت بالعقار دون المنقولات ، فإذا ثبتت فى العقار ؛ لإفضائها إلى المجاورة ، فحقيقة المجاورة أولى بالثبوت فيها .

٤ - هذا معقول النصوص لو لم يرد بالثبوت فيها نص فكيف وقد صرحت بالثبوت فيها أعظم من تصريحات بالثبوت للشريك .

ا - فعن عمرو بن الشريد قال : « وقفت على سعد بن أبى وقاص فجاء المسور بن مخرمة ثم جاء أبو رافع مولى النبى ﷺ فقال ياسعد : ابتع منى بيتى فى دارك فقال سعد: والله ماأبتاعها فقال المسور : والله لتبتاعنها فقال سعد : والله ماأزيدك على أربعة آلاف منجمة « أو مقطعة » فقال أبو رافع : لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ولولا أنى سمعت رسول الله ﷺ يقول : الجار أحق بسقبه . ماأعطيتكها بأربعة آلاف وأنا أعطى بها خمسمائة دينار فأعطاها إياه » (١) .

---

١ - خرجه البخارى . انظر فتح البارى ٩ / ٣١٤ وفى رواية أن أبارافع سأل المسور أن يساعده فى ذلك . نيل الأوطار ٥ / ٣٣٥ وقوله « منجمه أو مقطعة » شك من الرادى والمراد مؤجله على أقساط معلومة انظر إرشاد السارى ٤ / ١٢٤ ، نصب الراية ٤ / ١٧٤ ، الموطأ ص ٣٠٥

وروى « الجار أحق بصقبه » بالصاد ، والصقب اللاصق : أى أحق بما يليه ، وفى رواية ، قيل يارسول الله : ماسقبه قال : « شفعته » وروى « الجار أحق بشفعته » وهذا نص فى الباب؛لأن حق الشفعة بسبب الشركة إنما يثبت لدفع أذى الدخيل وضرره وذلك متوقع الوجود عند المجاورة . (١)

ب — وعن سمرة عن النبى ﷺ قال : « جار الدار أحق بالدار من غيره »(٢)

ﺟ — وعن الشريد بن سويد قال : قلت يارسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار ؟ . فقال : « الجار أحق بسقبه ما كان » .

وفى رواية « الجار أحق بشفعة ما كان » (٣) وهذا نص فى الباب

د — وروى عبد الملك بن أبى سليمان عن عطاء عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحداً » (٤) .

---

١ — البدائع ٦ / ٢٦٨٢ .

٢ — نصب الراية ٤ / ١٧٣ ، نيل الأوطار ٥ / ٣٣٤ رواه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه

٣ — نيل الأوطار ٥ / ٣٣٤ خرجه أحمد والنسائى وابن ماجة . نصب الراية ٤ / ١٧٣ وقوله « ما كان » : له معنيان أحدهما أن المراد من كان فإن ماتذكر بمعنى من قال الله تعالى : « والسماء ومابناها » فهو دليل على أن الشفعة للذكر والأنثى والحر والمملوك والصغير والكبير والمسلم والذمى والثانى : أن المراد بقوله ما كان : أى مايحتمل القسمة أو مالايحتمل القسمة فيكون دليلا لمن يقول بثبوت الشفعة فيما لايحتمل القسمة المبسوط ١٤ / ٩٢ .

٤ — نفس المصدر السابق — خرجه الخمسة إلا النسائى وحسنه الترمذى .

هـ ـ وعن أبى سعد الخدرى قال : « إن النبى ﷺ قال : الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره » والخليط هو الشريك فى نفس المبيع والشفيع هو الشريك فى حقوق المبيع كالشرب والطريق .

وقيل على عكس ذلك فقد روى بعض الرواة أن الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الشفيع فالشريك يكون فى نفس المبيع والخليط يكون فى حقوق المبيع سمى خليطا لاختلاط بينهما فيما يتأتى به الانتفاع مع تميز الملك والشفيع هو الجار . وفيه دليل أن حق الشفعة على مراتب وأن البعض مقدم على البعض بقوة سببه وهذا إنما يتأتى على مذهب من يثبت الشفعة لغير الشريك (١)

وعن شريح قال « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الجار والجار أحق من غيره » .

و ـ وعن جابر أيضا « أن النبى ﷺ قال : من كان له جار فى حائط أو شريك فلا يبعه حتى يعرضه عليه » (٢)

ز ـ وعن هشام بن المغيرة الثقفى قال : سمعت الشعبى يقول : « قال رسول الله ﷺ الشفيع أولى من الجار والجار أولى من الجنب » وإسناده إلى الشعبى صحيح (٣)

٥ ـ الاتصال بالجوار اتصال ملك يدوم ويتأبد وحق الأصيل وهو الجار أسبق من حق الدخيل وهو المشترى وحكمة الشفعة فى الشركة متوافرة فى حالة الجوار والضرر منه دائم متأبد ولا يندفع ذلك إلا برضاء الجار إن شاء أقر

---

١ ـ الموطأ ص٣٠٥ المبسوط ١٤/٩١ـ٩٢ فتح القدير ٧/٤١٢، الجوهرة ١/٣٧٤
٢ ـ المهذب ١/٣٧٦ ، أعلام الموقعين ٢ / ١٤٦ .
٣ ـ المصدر السابق .

الدخيل على جواره وإن شاء انتزع الملك بثمنه ، واستراح من مؤنة المجاورة ومفسدتها [١] .

ولا يرد بحالة المستأجر مع المالك فإن منفعة الإجارة لا تتأيد عادة كحالة الجر

٦ — وقالوا الملك بالإجارة ملك منفعة ولا لزوم بين ملك الجار وبين منفعة دار جاره بخلاف مسألتنا ، فإن الضرر بسبب اتصال الملك بالملك ، كما انه فى الشركة حاصل بسبب اتصال الملك بالملك فوجب بحكم عناية الشارع ورعايته لمصالح العباد إزالة الضررين جميعا على وجه لا يضر البائع وقد أمكن ههنا . وقد قال عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار » [٢] .

١١ — واستدل الفريق الثالث الذين يقولون بثبوت حق الشفعة بالشركة وبالجوار إذا كان معه اشتراك فى حق من حقوق الارتفاق كالطريق أو الشرب .

١ — بما رواه عبد الملك بن أبى سليمان عن عطاء عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحداً » [٣]

فأثبت هذا الحديث الشفعة بالجوار مع اتحاد الطريق ، ونفاها بمفهومه مع اختلاف الطريق .

٢ — إن القياس الصحيح يقتضى هذا القول ، فإن الاشتراك فى حقوق الملك

---

١ — المصدر السابق ، المبسوط ١٤ / ٩٥ .
٢ — الجامع الصغير ٢ / ٢٠٣ خرجه أحمد وابن ماجة عن ابن عباس ، وابن ماجة عن عبادة « حسن »
٣ — خرجه الخمسة الا النسائى وحسنه الترمذى — نيل الأوطار ٥ / ٣٣٦ ، الجامع الصغير ١ / ١٤٤

شقيق الاشتراك فى الملك ، والضرر الحاصل بالشركة فيهما كالضرر الحاصل بالشركة فى الملك أو أقرب إليه ورفعه مصلحة للشريك من غير مضرة على البائع ولا على المشترى فالمعنى الذى وجب لأجله شفعة الخلطة فى الملك موجود فى فى الخلطة حقوقه .(١)

١٢ـ مناقشة الأدلة :

وقد ناقش الحنفية ومن معهم أدلة الأئمة الثلاثة ومن معهم فقالوا :

١ ـ ما استدلوا به من أحاديث مدارها على جابر بن عبد الله عن النبى ﷺ « إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم .... الخ » ليس فى صدره نفى الشفعة عن المقسوم ؛ لأن كلمة « إنما » لا تقتضى نفى غير المذكور قال الله تبارك وتعالى : « إنما أنا بشر مثلكم » (٢) .

وهذا لا ينفى أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشراً مثله وآخره حجة عليهم ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام علق سقوط الشفعه كشرطين :

١ ـ وقوع الحدود . ٢ ـ وصرف الطرق .

والمعلق بشرطين لا يترك عند وجود أحدهما ، وعندهم يسقط بشرط واحد وهو وقوع الحدود وإن لم تصرف الطرق .

ثم هو مؤول وتأويله فإذا وقعت الحدود فتباينت ، وصرفت الطرق فتباعدت فلاشفعة ، أو لا شفعة مع وجود من لم ينفصل حده وطريقه .

---

١ ـ أعلام الموقعين ٢/١٥٠

٢ ـ من الآية ١١٠ من سورة الكهف

أو فلا شفعة بالقسمة كما لاشفعة بالرد بخيار الرؤية ؛ لأن فى القسمة معنى المبادلة فكان موضع الإشكال ، فأخبر أنه لاشفعة للجار بقسمة الشركاء لأنهم أحق منه ، وحقه متأخر عن حقهم [١]

٢ ـ وأيضا فما ورد فى حديث جابر من قوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلاشفعة » مدرج من كلام الراوى ودليل ذلك أن مسلما لم يخرج تلك الزيادة وإنما وردت فى رواية غيره فعدم إخراجها من مسلم دليل على أنها مدرجة من كلام الراوى وليست من كلامه ﷺ .

ويجاب عن ذلك بأمرين

أ — بأن الأصل أن كل ما ذكر فى الحديث فهو منه حتى يثبت الإدراج بدليل وورود ذلك فى حديث غيره مشعر بعدم الإدراج كما فى حديث أبى هريرة عند أبى داود وابن ماجة بلفظ قال : قال رسول الله ﷺ « إذا قسمت الدار وحدت فلاشفعة »

ب — إنه قد يقتصر بعض الأئمة على ذكر بعض الحديث ، والحكم للزيادة لاسيما وقد أخرجها البخارى وأحمد على أن معنى هذه الزيادة التى أدعى أصحاب القول الثانى إدراجها هو معنى قوله « فى كل مالم يقسم » ولاتفاوت إلا يكون دلالة أحدهما على هذا المعنى بالمنطوق والآخر بالمفهوم [٢]

٣ ـ ماتمسك به من يقصرون الشفعة على الشريك من أدلة كما ذكرت

---

١ ـ البدائع ٢٦٨٣/٦ ، تبيين الحقائق ٢٤٠/٥ ، نيل الأوطار ٣٣٢/٥

٢ ـ السيل الجرار ١٧٣/٣ ، نيل الأوطار ٣٣١/٥ ـ ٣٣٢ ، سبل السلام ٧١/٣ ومابعدها

سابقاً مدارها على جابر بن عبد الله وأبى هريرة ، وجابر عبد الله خرج له النسائى من حديث أبى الزبير عن جابر قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة للجوار » رواه عن الفضل بن موسى الشيبانى عن الحسين بن واقد عن أبى الزبير وهو شرط مسلم

أثبت الشفعة بالجوار ويؤيد ذلك ما قال شعيب بن أيوب الصريفينى : ثنا أبو إمامة عن سعيد بن أبى عروبة ، ثنا قتادة عن سليمان اليشكرى عن جابر بن عبد الله أن النبى ﷺ قال : « من كان له جار فى حائط أو شريك فلا يبعه حتى يعرض عليه » وهؤلاء ثقات كلهم

ولا يقال إن هذا الحديث معلول بما ذكره الترمذى قال : سمعت محمداً ـ يعنى البخارى ـ يقول : سليمان اليشكرى يقال إنه مات فى حياة جابر بن عبد الله قال : ولم يسمع منه قتادة ولا أبو بشر .

قال : ويقال : إنما يحدث قتادة عن صحيفة سليمان اليشكرى وكان له كتاب عن جابر بن عبد الله .

ولا يعتبر هذا قدحاً ؛ لأن الأخذ عن الكتب حجة .

ويتأكد هذا بما ورد فى سنن ابن ماجة من حديث شريك القاضى عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس أن النبى ﷺ قال « من كان له أرض وأراد بيعها فليعرضها على جاره » ورجال هذا الإسناد محتج بهم فى الصحيح (١)

١٣ ـ وناقش الأئمة الثلاثة ومن معهم أدلة الحنفية ومن معهم فقالوا :

١ ـ حديث الشريد بن السويد قال : قلت يا رسول الله : أرض ليس لأحد

---

١ ـ أعلام الموقعين ٢/١٤٥ ـ ١٤٦

فيها شرءك ولاقسم ، إلا الجوار فقال الجار أحق بسقبه ما كان

قد أعل بالاضطراب والإرسال فقال الشوكانى فى نيل الأوطار نقلا عن معالم السنن فقال : قد تكلم الناس فى إسناد هذا الحديث واضطراب الرداة فيه فقال بعضهم : عن عمر بن الشريد عن أبى رافع .

وقال بعضهم : عن أبيه عن أبى رافع وأرسله بعضهم ومثل هذا لايصلح لمعارضه مافى الصحيحين وغيرهما .

ويرد على هذا بأن هذا الحديث قد أخرجه الترمذى والنسائى وابن ماجة وإسناده صحيح وقد قال البخارى فيه هو أصح من رواية عمرو عن أبى رافع [1] ثم قال كلا الحديثين عندى صحيح ، وإذا صحح البخارى الحديث فهو مقبول ولا يقال عنه إنه معلول

٢ - وقالوا أيضا إن حديث الجار أحق بسقبه لم يروه أحد غير عبد الملك ابن أبى سليمان عن عطاء عن جابر وتكلم شعبة فى عبد الملك من أجل هذا الحديث [2] وقال وكيع عنه : لو أن عبد الملك روى حديثا آخر مثل حديث الشفعة لطرحت حديثه وكذلك قال يحيى القطان وقال أحمد هو حديث منكر ، وقال ابن معين : هو حديث لم يحدث به إلا عبد الملك فأنكر الناس عليه ولكنه ثقة صدوق .

ويرد على هذا : بأن عبد الملك هذا حافظ ثقة صدوق ولم يتعرض له أحد بجرح أبدا ، وأثنى عليه أئمة زمانه ومن بعدهم ، وإنما أنكر عليه من أنكر

---

١ - إشارة إلى ما فى صحيح البخارى عن عمرو بن الشريد عن أبى رافع قال جاء المسور بن مخرمة فوضع يده على منكبى فانطلقت معه إلى سعد بن أبى وقاص فقال أبو رافع : ألا تأمر هذا أن يشترى منى بيتى الذى فى داره ... الخ . أنظر أعلام الموقعين ٢ / ١٤٤ نيل الاوطار ٥ / ٣٣٤

٢ - المصدر السابق

هذا الحديث ظنـا منهم أنه مخالف لرواية الزهرى عن أبى سلمة عن جابر عن النبى ﷺ « الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحـدود وصرفت الطرق فـلا شفعة » (١) .

٣ ـ حديث سمرة عن النبى ﷺ قال : « جار الدار أحق بالدار من غيره » رواه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وأعـل بالاضطراب والإرسال أيضا ويرويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث الحقيقة .

ويرد على ذلك بأن الترمذى قال عنه : حديث حسن صحيح وقد صح سماع الحسن بن سمرة وغاية هذا أنه كتاب ، ولم تزل الأمة تعمل بالكتب قديما وحديثا ، وأجمع الصحابة على العمل بالكتب (٢) .

٤ ـ قال الإمام الشافعى فى حديث عمرو بن الشريد عن أبى رافع إن أبا رافع يعتبر متطوعا بعرضه على سعد بن أبى وقاص وكان يستطيع أن يبيع بدون أن يعرض عليه؛ لأن الشفعة غير مستحقة إلا بعد البيع وعلى كل فهذا مقيد بما فى حديث إذا كان طريقهما واحداً وهذا نوع من الشركة (٣) .

٥ ـ إن لفظ الجوار كما يقع على الملاصق يقع على غير الملاصق وعلى الشريك ومن هذا إطلاق اسم الجار على الزوجة وهى شريكتك قال حمل بن مالك : كنت بين جارتين لى فضربت إحداهما الأخرى بمسطح (٤) فقتلتها وجنينها . والمراد

---

١ ـ المصدر السابق ، والأم ٢/٥ ، المغنى ٥/٣١٠ .
٢ ـ المصدر السابق .
٣ ـ الأم ٧/٤ اختلاف الحديث ولكن يرد على ذلك بما رواه الطبرانى عن النبى ﷺ قال : « الشفعة للشريك وللجار حتى يتركاها » كنوز الحقائق بهامش الجامع الصغير ١/١٥١ .
٤ ـ المسطح : عمود الخباء .

والمراد زوجته وهى شريكته فى الفراش وقال الأعشى:

أجارتنا بينى فإنك طالقة .·. وموموقة ما كنت فينا ووامقة

أجارتنا بينى فانك طالقة .·. كذاك أمور الناس تغدو وطارقة

وبينى فإن البين خير من العصا .·. وأن لا تزالى فوق رأسك بارقة

حبستك حتى لامنى كل صاحب .·. وخفت بأن تأتى لدى ببائقة

ويرد على ذلك بأن حمل اللفظ على الحقيقة أولى من المجاز إذا كان حمله على المجاز من غير دليل (١)

* * *

١٤ - هذا وقد عرض الإمام ابن القيم هذه المسألة عرضا طيبا وافيا فذكر كل رأى واستدلال أصحابه له مبينا أن الكل يجرى وراء الضرر الذى أراد الشارع دفعه بتشريع الشفعة .

فنهم من رأى أن الشارع أراد دفع ضرر الشريك إذا باع لغير شريكه ، « وقد فرق الله بين الشريك والجار شرعا وقدراً ففى الشركة حقوق لا توجد فى الجوار ، فلم يجز إلحاق الجار بالشريك وبينهما هذا الإختلاف » (٢) .

والنتيجة أن الشفعة للشريك وحده ،

---

١ - أنظر الأم ٤/٣ ، نيل الأوطار ٥/٣٣٣ ، أعلام الموقعين ٢/١٤٩ ، الفقرة ٩ ص ١٨ ، المغنى ٥/٣٠٩ وفيه : « فأما حديث أبى رافع فليس بصريح فى الشفعة ، فإن الصقب : القرب ... قال الشاعر : كوفية نازح محلتها .·. لا أمم دارها ولا صقب . فيحتمل أنه أراد باحسان جاره وصلته وعيادته ، فيكون المراد بالجار هنا الجار الأخص وهو الشريك المخالط .

٢ - إعلام الموقعين ٢/١٤٨

كما تكلم عن الآخرين الذين يرون حق الشفعة للشريك والجار لا للأول وحده .

فإن الجار قد يسيء الجوار غالبا وكثيراً ، فيعلى الجدار ، ويتبع العثار ، ويمنع الضوء ، ويشرف على العورة ، ويطلع على العثرة ، ويؤذى جاره بأنواع الأذى ، ولا يأمن جاره بوائقه [1] وهذا ما يشهد به الواقع » [2] .

وإذا فلدفع هذا الضرر الذى ربما لا يقل عن ضرر الشريك تكون الشفعة للجار أيضا .

ثم بعد أن عرض هذين الرأيين انتهى إلى رأى وسط وهو إثبات الشفعة للجار إن كان مع جواره شريكاً أيضاً فى حق من حقوق الإرتفاق الخاصة . مثل الطريق أو الشرب ، وإلا فلا شفعة للجار إن لم يكن بينه وبين العقار حق مشترك البتة [3] .

١٥ ــ الرأى الراجح :

والرأى الذى أختاره للترجيح هو رأى عمر بن عبد العزيز ، وأهل البصرة ، وابن تيمية وتلميذه ابن القيم وابن حزم بثبوت الشفعة للشريك ، والجار . إذا كان يشتركه فى حق من حقوق الإرتفاق وذلك .

١ ــ لأن حديث جابر الذى رواه عبد الملك بن أبى سليمان عن عطاء جابر قال : قال النبى ﷺ : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا

---

١ ــ غشمه وظلمه .

٢ ــ المصدر السابق ص ١٤٣ .

٣ ــ المصدر السابق ص ١٤٩ وما بعدها .

إذا كان طريقها واحدا » (١) .

يثبت الشفعة بالجوار مع اتحاد الطريق ومفهوم الشرط أنه إذا كان مختلفا فلا شفعة .

٢ ـ وحديث جابر الثابت فى صحيح البخارى من حديث الزهرى عن أبى سلمة عن جابر قال : إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فى كل مالم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » (٢) .

ينفى ثبوت الشفعة مع اختلاف الطريق بقوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » .

فمفهوم حديث عبد الملك هو بعينه منطوق حديث أبى سلمة فأحدهما يصدق الآخر ويوافقه ، لا يعارضه ، ولا يناقضه .

وجابر هو الذى روى اللفظين والذى دل عليه حديث عبد الملك بمنطوقه هو الذى دلت عليه سائر أحاديث جابر بمفهومها فزال عن الأحاديث ما يظن من التعارض بينها .

٣ ـ حديث أبى رافع الذى خرجه البخارى يدل على مثل ما دل عليه حديث عبد الملك فإنه دل على الأخذ بالجوار حالة الشركة فى الطريق فإن البيتين كانا فى نفس دار سعد والطريق واحدة .

٣ ـ الأحاديث المثبتة للشفعة بالجوار وهى :

ـ ١ ـ حديث الحسن عن سمرة عن النبى ﷺ قال : « جار الدار أولى

---

١ ، ٢ ـ سبق تخريج هذين الحديثين .

بالدار » وفى لفظ أحق بالدار [١] .

ـ ب ـ وحديث أنس بن مالك (ض) عن النبى ﷺ قال : « جار الدار أحق بالدار » [٢] .

ـ حـ ـ وحديث عمر بن الشريد عن أبى رافع « الجار أحق بسقبه » وله قصة سبق ذكرها .

ـ د ـ وحديث الشريد بن سويد قال : قلت يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار ؟ فقال : « الجار أحق بسقبه ما كان » .

ـ هـ ـ وحديث ابن عباس عن النبى ﷺ قال : « من كان له أرض وأراد بيعها فليعرضها على جاره » [٣] .

وغيرها من الأحاديث مطلقة من غير تقييد .

وحديث جابر الذى رواه عبد الملك بن أبى سليمان عن عطاء عن جابر عن النبى ﷺ بلفظ « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحداً [٤] . مقيد والمطلق يحمل دائما على المقيد فلا تثبت الشفعة بالجوار إلا عند الخلطه فى الطريق وغيره .

٤ ـ إن القياس الصحيح يقتضى هذا القول ، فإن الإشتراك فى حقوق الملك شقيق الاشتراك فى الملك ، والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل

---

١ ـ سبق تخريجه .
٢ ـ سبل السلام ٧٣/٣ وخرجه النسائى .
٣ ـ سبق تخريجها .
٤ ـ سبق تخريجه .

بالشركة فى الملك أو أقرب إليه ، ورفعه مصلحة للشريك من غير مضرة على البائع ولا على المشترى .

فالمعنى الذى وجبت لأجله شفعة الخليط موجود فى الخلطة فى حقوقه ، وهذا المذهب يعتبر أوسط المذاهب وأقربها إلى العدل [1] .

* * *

١ — انظر أعلام الموقعين ١٤٩/٢ وما بعدها ، سبل السلام ٧٤/٣ ، نيل الأوطار ٣٣٣/٥ ، السيل الجرار ١٧٤/٣ .

المطلب الرابع
فى
المال الذى تجوز فيه الشفعة

١٦ - اتفق جمهور الفقهاء أبو حنيفة ومالك والشافعى وأحمد والزيدية والإمامية والظاهرية على أن الشفعة تثبت فى العقار والدور والأرضين وما يتصل بها ؛ لأنها هى التى تبقى ويدوم ضررها ، ولأن الشفعة شرعت على خلاف القياس رعاية للمصلحة ، وما شرع كذلك لا يتوسع فيه بل يقتصر فيه على موضع الضرورة

والأصل فى انتقال الملك من يد إلى أخرى هو الرضا والأختيار بين المالكين.

١٧ - واستدلوا على ذلك بما رواه ابن جريج أن أبا الزبير أخبره أنه سمع جابر بن عبد الله يقول : قال رسول الله ﷺ : «الشفعة فى كل شرك فى أرض، أو ربع : أو حائط ، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه »

وفى لفظ عن جابر قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به » .

١٨ - واختلفوا فيما سوى ذلك :

فذهب فقهاء الأمصار أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى والأوزاعى والليث

---

١ ، ٢ صحيح مسلم ٥٧/٥ ، نيل الأوطار ٣٢١/٥ ، سبل السلام ٧٢/٣ .

بن سعد إلى أنه لا شفعة إلا فى العقار فقط (١) وحكى عن قوم الشفعة فى كل شىء ما عدا المكيل والموزون (٢).

١٩ ـ مذهب الحنفية :

يشترط أن يكون المبيع عقاراً أو ما هو بمعناه وهو العلو فإن كان غير ذلك فلا شفعة فيه ، وسواء كان العقار مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها ، كالحمام والرحى والبئر والنهر والعين والطريق والدور الصغار (٣) .

ولم يثبت الشافعى وأحمد والإمامية فى قول الشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبئر والرحى وغيرهما ؛ وسبب الخلاف أن الشفعة تجب عند الشافعى لدفع ضرر خاص وهو ضرر دفع أجرة القسام ، فلا يتعداه إلى ما لا يحتمل القسمة .

وعند الحنفية تجب لدفع ضرر الدخيل ورفع أذاه على سبيل الدوام واللزوم ، وهذا يوجد فيما يقسم أو لا يقسم والنصوص لم تفرق قال عليه الصلاة والسلام « إنما الشفعة فيما لم يقسم » من غير فصل .

ولا تثبت الشفعة فى البناء والشجر والنخل المبيع قصداً بدون الأرض ؛ لأنها

---

١ ـ بداية المجتهد ٢/٢٧٩ ـ ٢٨٠ والعقار بفتح العين : اسم للمنزل وللأرض والضياع والنخل . القاموس ٢/٩٧ ، مختار الصحاح ص ٤٤٥ .

٢ ـ بداية المجتهد ٢/٢٨٠ ، نتائج الأفكار بتكملة فتح القدير ٧/٤٣٥ .

٣ ـ تبين الحقائق ٥/٢٥٢ ، مجمع الأنهر ٢/٢٨٠ ، البدائع ٦/٢٧٠٠ ، المادة ١٠٦ من رشد الحيران وقد نص فيها على أنه : « يشترط فى المبيع الذى تثبت فيه الشفعة أن يكون عقاراً ولو غير قابل للقسمة ... ولا فرق فى العقار بين أن يكون داراً أو حانوتا أو أرضا أو كرما ، أو علوا أو سفلا » ، المادة ١٠١٧ من مجلة الأحكام العدلية .

منقولات فاذا بيعت مع الأرض تجب فيها الشفعة تبعا للأرض [١] .

ولا تثبت الشفعة في السفن وسائر المنقولات من العروض لأنها ليست من العقار ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « لا شفعة إلا في ربع أو حائط » ؛ ولأن الأخذ بالشفعة ثبت بالنص على خلاف القياس في العقار فلا يجوز إلحاق المنقول به ، لأنه ليس في معنى العقار .

وهذا لأن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام وما ينقل ويحول لا يدوم فلا يدوم الضرر فيه كما يدوم في العقار .

ولأن المنقول يشترى للبيع عادة ولمصلحة المعاش ، ثم يخرجه عن ملكه إذا قضى وطره ولا كذلك العقار .

وأوجبها الإمام مالك في السفينة ، لأنها تسكن كالعقار [٢] .

٢٠ - مذهب المالكية :

محصل مذهب مالك أن الشفعه في ثلاثة أنواع [٣] .

أحدها : مقصود وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين .

والثاني : ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول وذلك كالبئر ومحال النخل ما دام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه . وهو أن يكون

١ - المصادر السابقة والمادة ١٠٩٩ من مرشد الحيران وقد نص فيها على أنه: « لا شفعة في البناء والشجر المبيع قصدا بدون الأرض القائم عليها فإذا بيع البناء والشجر تبعا للأرض تثبت فيه الشفعة » ، والمادة ١٠٢٠ من مجلة الأحكام العدلية .

٢ - تبيين الحقائق ٢٥٢/٥ ، ابن عابدين ٢٣٧/٦ ، نتائج الأفكار ٤٣٥/٧ .

٣ - بداية المجتهد ٢٧٩/٢ .

الأصل الذى هو الأرض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم .

والثالث : ما تعلق بهذه من الثمار كالقثاء والبطيخ والخيار ونحوها إذا باع أحد الشريكين نصيبه فى قول تجب فيها الشفعة ، لأنها تبقى فى الأرض وقتا [1] وفى قول لا تجب .

واختلف عنه فى الشفعة فى الحمام والرحى مما لا يقبل القسمة [2] وأما ما عدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده وكذلك لا شفعة عنده فى الطريق ولا فى عرصة الدار لما روى عن النبى ﷺ « لا شفعة فى فناء ولا طريق ولا منقبة » .

— الطريق الضيق —

واختلف عنه فى الدين ، هل يكون الذى عليه الدين أحق به ؟ وبه قال أشهب من أصحاب مالك وهو قول عمر بن عبد العزيز ، لما روى « أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فى الدين » .

وقال ابن القاسم لا شفعة فى الدين [3] .

٢١ — مذهب الشافعية :

١ — تجب الشفعة فى العقار لما روى جابر رضى الله عنه قال : « قضى رسول الله

---

١ — الشرح الصغير ٣/٢٥٨ ، القوانين الفقهية ص٣١٣ منح الجليل ٣/٥٩١ وفيه : « وقال مالك بالاختيار ... فى شفعة الأنقاض والثمار .

٢ — منح الجليل ٣/٥٨٨ وفيه نقلا عن المدونة (الإطلاق للعقار الذى فيه الشفعة عن تصييده بقبوله القسمة وفيها للامام مالك رضى الله عنه فى الحمام الشفعة ولهو أحق أن تكون فيه الشفعة من الأرضين لما فى قسم ذلك من الضرر) .

٣ — بداية المجتهد ٢/٢٨٠ ، حاشية الدسوقى ٣/٤٨١ ، المغنى ٥/٢١٣ .

ﷺ بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعه أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حق يؤذن شريكه، فان شاء أخذوا إن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به »؛ ولأن الضرر فى العقار يتأيد من جهة الشريك فتثبت فيه الشفعة لإزالة الضرر .

٢ ـ وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه : لما روى جابر قال : قال رسول الله ﷺ « لا شفعة إلا فى ربعة أو حائط » وفى لفظ : « الشفعة فى كل شرك فى أرض أو ربع أو حائط [١] » يقتضى انحصارها فى ذلك .

٣ ـ وأما البناء والغراس فإنه إن بيع مع الأرض ثبتت فيه الشفعة لحديث جابر المتقدم ؛ لأنه يراد للتأبيد فهو كالأرض .

وأما إذا بيع منفردا فلا تثبت فيه الشفعة ، لأنه ينقل ويحول فلم تثبت فيه الشفعة [٢] . وبه قال أبو حنيفة وأحمد والثوري والأوزاعي .

٤ ـ ويشترط الشافعية لإثبات الشفعة أن يكون العقار قابلا للقسمة عند الطلب فأما ما لا يقسم كالرحا والبئر الصغيرة فلا تثبت فيه الشفعة وقال أبو العباس من الشافعية تثبت فيه الشفعة ، لأنه عقار فثبت فيه الشفعة قياسا على ما يقسم والمذهب الأول ، لما روى عن أمير المؤمنين عثمان رضى الله عنه أنه قال : « لا شفعة فى بئر ولا فحل والأرف يقطع كل شفعة » والفحل : النخل والأُرَف بوزن الغُرَف

---

١ ـ المهذب ٣٧٦/١ ، أعلام الموقعين ١٤١/٢ ، كفاية الأخيار ١٨٤/١ .

٢ ـ المهذب ٣٧٦/١ وفيه : (واختلف الشافعية فى النخل إذا بيعت مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض فنهم من قال تثبت فيه الشفعة ؛ لأنها فرع تابع لأصل ثابت ، ومنهم من قال لاشفعة فيها؛ لأن القرار تابع لها فإذا لم تجب الشفعة فيها إذا بيعت مفردة لم تجب فيها وفى تبعها) ، كفاية الأختار ١٨٤/١ .

ــ المعالم والحدود(١) .

٥ ــ وأما الزرع إذا بيع مع الأرض، أو الثمرة الظاهرة مع الأصل لم تؤخذ مع الأصل بالشفعة ، لأنه منقول فلم يؤخذ مع الأرض بالشفعة كثيران الضيعة .

فإن بيع وفيه ثمرة غير مؤبرة ففيه قولان أحدهما تؤخذ الثمرة مع الاصل بالشفعة لأنها تبعث الأصل في البيع فأخذت معه بالشفعة كالغراس ، والثانى لا تؤخذ ، لأنه منقول فلم تؤخذ مع الأصل كالزرع والثمرة الظاهرة .

٢٢ــ مذهب الحنابلة :

يشترط الإمام أحمد لإثبات الشفعة أن يكون المبيع أرضا ، لأنها التى تبقى على الدوام ويتأبد ضررها .

وأما غيرها فينقسم قسمين :

أحدهما : تثبت فيه الشفعة تبعا للأرض وهو البناء والغراس يباع مع الارض فإنه يؤخذ بالشفعة تبعا للأرض بغير خلاف فى المذهب . وقد دل عليه قول النبى ﷺ وقضاؤه بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط ، وهذا يدخل فيه البناء والأشجار .

والثانى : ما لا تثبت فيه الشفعة تبعا ولا مفردا ، وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض ، فإنه لا يؤخذ مع الأصل(٢) .

---

١ ــ المصدر السابق ، إعلام الموقعين ٢/١٤١ ، الأم ٧/٤ .

٢ ــ وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ بالشفعة مع أصوله ، لأنه متصل بما فيه الشفعة فتثبت فيه الشفعة تبعا كالبناء والغراس ، والشافعى مع أحمد .

ولأحمد أنه لا يدخل فى البيع تبعا فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والغراس وذلك لأن الشفعة بيع فى الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان

وأما ما يبع مفردا من الأرض فلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار ، أو لا ينقل كالبناء والغراس إذا بيع مفردا (١) .

٢٣ ـ الشفعة فى المنقول :

١ ـ يظهر مما تقدم فى عرض أقوال الفقهاء أن جمهورهم يرون أن الشفعة لا تثبت إلا فى العقار وهو رأى أبى حنيفة والشافعى وأحمد والزيدية وقول للامامية .

وروى عن الحسن والثورى والأوزاعى والعنبرى وقتادة وربيعة وإسحاق أنه لا شفعة فى المنقولات .

٢ ـ واختلف القول عن مالك وعطاء فقالا مرة كذلك ومرة قالا الشفعة فى كل شىء وهو قول داود بن على شيخ أهل الظاهر وأتباعه من بعده ثم ابن حزم الذين أثبتوا حق الشفعة للشفيع فى كل بيع عقاراً أو منقولا سواء كان متصلا بالعقار أم لا صلة له به مطلقاً (٢) .

وقد روى هذا القول عن أحمد ويستدلون على ذلك بما رواه ، ابن عباس

= الأخذ بغير رضا المشترى، فإن بيع مع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبر دخل فى الشفعة ، لأنها تبع فى البيع فأشبهت الغراس فى الأرض ـ (المغنى ٣١١/٥ : كشاف القناع ١٥٥/٤) .

١ ـ المغنى ٣١١/٥ ، كشاف القناع ١٥٥/٤ ، نهاية المحتاج ١٩٧/٥ .

٢ ـ المحلى ٨٢/٩ وفيه : (الشفعة واجبة فى كل جزء بيع مشاعاً غير مقسوم بين اثنين فصاعداً من أى شىء كان مما ينقسم من أرض أو شجر واحدة فأكثر أو عبد أو أمة ، أو من سيف ، أو من طعام ، أو من حيوان أو من أى شىء ..).

رضى الله عنها عن النبى ﷺ قال : « الشريك شفيع والشفعة فى كل شىء »[١].

وقد أعل بالإرسال وعورض بما أخرجه البزار من حديث جابر « لا شفعة إلا فى ربع أو حائط » وبما أخرجه البيهقى من حديث أبى هريرة « لا شفعة إلا فى دار أو عقار »[٢] بلفظ الحصر فيهما .

وبالحديث المتفق عليه « الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » فقد أراد ﷺ ما ينقسم من الأرض بدليل قوله ، « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق) .

٢٤ ـ الرأى الراجح :

والذى أختاره للترجيح أن الشفعة لا تثبت إلا فى العقار سواء كان مما يقبل القسمة أو مما لا يقبلها كالحمام والرحى للأحاديث السابقة ولأن :

١ ـ الأصل عدم انتزاع الإنسان مال غيره إلا برضاه ولكن تركنا ذلك فى الأرض والعقار بثبوت النصوص فيه فقوله فى الحديث الصحيح (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) يدل على اختصاصها بذلك .

وقول جابر عن النبى ﷺ (الشفعة فى كل شرك فى أرض أو ربع أو حائط) يقتضى انحصارها فى ذلك .

وأما الآثار المتضمنة لثبوتها فى المنقول ضعيفة ، وحديث « الشفعة فى كل شىء » لم يرد فى الكتب الموثوق بها [٣] .

---

١ ـ رواه الترمذي ـ نصب الراية ٤/١٧٧ ، أعلام الموقعين ٢/١٤٠ ، المغنى ٥/٣١٢ .

٢ ـ الجامع الصغير ٢/٢٠٣ .

٣ ـ أعلام الموقعين ٢/١٤١ ، المغنى ٥/٣١٢ ، بداية المجتهد ١/٢٨٠ .

٢ ـ وقد قال عثمان بن عفان رضى الله عنه (لاشفعة فى بئر ولا فحل والأُرَف يقطع كل شفعة) والفحل والنخل والأرف بوزن الغرف المعالم والحدود (١).

٣ ـ الفرق بين المنقول وغيره أن الضرر فى غير المنقول يتأبد بتأبده ، وفى المنقول لا يتأبد ، فهو ضرر عارض فهو كالمكيل والموزون (٢) .

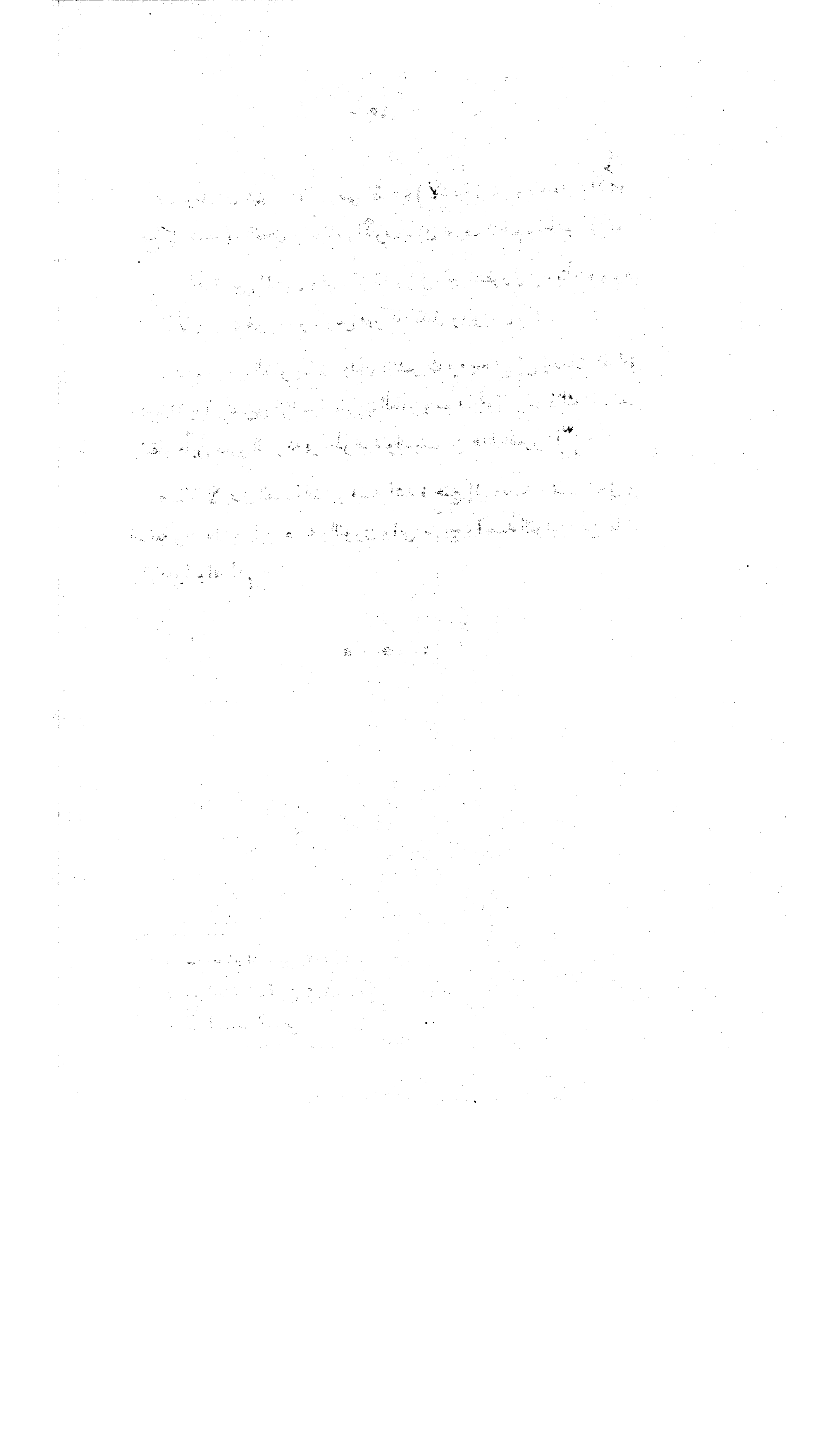
٤ ـ الضرر فى العقار يكثر جداً ، فالشريك فيه يحتاج إلى إحداث المرافق وتغيير الأبنية وتضييق الواسع وتخريب العامر وسوء الجوار وغير ذلك مما يختص بالعقار فأين ضرر الشركة فى الجوهرة والسيف من هذا الضرر ؟ (٣) .

٥ ـ ما لا يقبل القسمة الضرر فيه أشد فاحتيج إلى دفعه باثبات الحق فى الشفعة وقد قال به أبو حنيفة والثورى وابن سريج وأحد القولين عن مالك والإمامية والله أعلم .

* * *

---

١ ـ أعلام الموقعين ١٤١/٢ .
٢ ـ أعلام الموقعين ١٤٢/٢ .
٣ ـ المصدر السابق .



المطلب الخامس

فى

التصرف الذى يثبت الشفعة[1]

فى العقار

٢٥ ـ التصرف الذى لا يثبت به الشفعة :

اتفق الفقهاء جميعا على أنه إذا انتقل الملك بغير عوض مالى فلا يثبت فيه الشفعة وذلك كالميراث والصدقة ، والوصية والوقف .

٢٦ ـ الهبة بغير عوض : والهبة إذا كانت بغير ثواب لا شفعة فيها فى قول عامة أهل العلم ومنهم مالك والشافعى وأصحاب الرأى .

وحكى عن مالك رواية أخرى فى المنتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعة ويأخذه الشفيع بقيمته وحكى ذلك عن أبى ليلى .

واستدلا على ذلك بأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر الشركة وهذا موجود فى الشركة كيفما كان، والضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشترى؛ لأن أقدام المشترى

---

١ ـ أنظر فى هذا فتح القدير ٤٣٥/٧ وما بعدها ، تبين الحقائق ٢٥٢/٥ ، وما بعدها ، ابن عابدين ٢٣٦/٦ ، مجمع الأنهر ٤٨٠/٢ ، البدائع ٢٦٩٦/٦ ، حاشية الدسوق ٧٦/٣ ، وما بعدها، فتح الجليل ٥٨٦/٣ ، حاشية الصاوى ١٩٩/٥ ، بداية المجتهد ٢٨٠/٢ القوانين الفقهية ص ٣١٤ ، كفاية الأخيار ١٨٥/١ ، المغنى ٢٣٤/٥ وما بعدها ، كشاف القناع ٤ / ١٥٢ ؛ المحلى ٨٨/٩ ، شرائع الإسلام ٢٥٤/٣ ، السيل الجرار ١٧١/٣ .

على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته إليه فانتزاعه منه أعظم ضرراً من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه .

واستدل جمهور الفقهاء :

ا ـ بأن المنتقل بغير عوض أشبه الميراث ، ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره فى معناه .

ب ـ ولأن الشفيع يأخذه على المشترى بمثل السبب الذى انتقل به إليه فإذا انعدم معنى المعارضة فلو أخذ الشفيع فإما أن يأخذ بالقيمة وإما أن يأخذ مجانا بلا عوض ، لا سبيل إلى الأول ، لأن المأخوذ منه لم يملكه بالقيمة ، ولا سبيل إلى الثانى ؛ لأن الجبر على التبرع ليس بمشروع فامتنع الأخذ أصلا(١) .

٢٧ ـ الراجح :

والذى أختاره للترجيح هو مذهب جمهور الفقهاء ، لأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وهذه لا ثمن فيها فلا تثبت الشفعة فيها .

٢٨ ـ الهبة بشرط العوض :

يرى الأئمة الثلاثة مالك وأحمد والشافعى فى قول أنه تثبت فيها الشفعة لأنها تعتبر معاوضة ابتداء وانتهاء أى معاوضة من وقت العقد . وهو قول زفر من الحنفية .

---

١ ـ البدائع ٢٩٩٦/٦ ، المغنى ٣١٥/٥ ، المهذب ٣٧٧/١ ، المادة ـ ١٠٢٣ من مجلة الأحكام العدلية وفيها : (لا تجرى الشفعة فى العقار الذى ملك لآخر بلا بدل كتملك أحد عقاراً بهبة بلا عوض أو بميراث أو بوصية) والمادة ١٠٨ من مرشد الحيران .

ولا أهمية للفظ الهبة، لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة[١] .

وفى رواية عن الشافعى لا تثبت فيها الشفعة ، لأنها تعتبر بيعا انتهاء والبيع بلفظ الهبة باطل عنده[٢].

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد تجب فيها الشفعة بشروط ثلاثة :

ا ـ القبض لوجود معنى المعاوضة عنده ، وإن قبض أحدهما دون الآخر لا تثبت الشفعة .

ب ـ أن يكون العوض مشروطا فى العقد .

حـ ـ أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا .

وذلك لأن الهبة تعتبر تبرعا ابتداء ، معاوضة انتهاء أى بعد قبض البدلين ، ولأن لكل من الطرفين حق الرجوع فيها قبل القبض ، فلابد إذاً لثبوت الشفعة فيها من التقابض[٣] .

---

١ ـ المراجع السابقة ، وجاء فى بداية المجتهد ٢٨١/٢ (واختلف فى الشفعة فى المناقلة، وهى تبديل أرض بأرض . فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات: الجواز والمنع والثالث: أن تكون المناقلة بين الاشراك أو الأجانب فلم يرها فى الاشراك ورآها فى الأجانب) .

٢ ـ المصدر السابق .

٣ ـ المادة ١٠٢٢ ـ (الهبة بشرط العوض فى حكم البيع) . فلو وهب من آخر داره المملوكة بشرط العوض وسلمه أياها كان لجارها الملاصق حق الشفعة ، البدائع ٢٦٩٦/٦ ، الفتاوى الهندية ١٦٠/٥ وقد جاء فيهما : (وإن كانت الهبة بشرط العوض، فإن تقابضا وجبت الشفعة لوجود معنى المعارضة عند التقابض =

٢٩ – وإذا انتقل الملك بشراء (بعوض) من شريك لم يقاسم أو جار عند من يرى الشفعة للجار فإنه تثبت فيه الشفعة باتفاق [١] .

٣٠ – وإذا انتقل الملك بغير شراء وكان العوض مالا كما إذا صالح على دار أو شقصها بإقرار أو جناية خطأ . وجبت فيها الشفعة باتفاق ، لأنها تعتبر مبادلة مالية ، لإمكان مراعاة شروط الشرع فيها وهو التملك بمثل ما تملك به المشترى صورة أو قيمة .

أما فى الصلح عن إقرار فلأن المدعى ملك المدعى فى حق المدعى والمدعى عليه ، فكانت الدار التى هى بدل الصلح عوضا عن ملك ثابت فى حقهما جميعاً فيتحقق معنى المعاوضة فى هذا الصلح [٢] .

= وإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أصحابنا الثلاثة . ولو وهب عقاراً من غير شرط العوض ثم إن الموهوب له عوضه من ذلك داراً فلا شفعة فى الدارين لا فى دار الهبة ولا فى دار العوض ، لأن إعطاء دار الهبة هبة مبتدأة ، إلا إنها اختصت بالمنع من الرجوع إلا أن تكون عوضاً حقيقية بدليل أنه لو وهب عشرة دراهم فعوضه خمسة جاز ، ولو كان عوضا حقيقية لما جاز ، لأنه يكون رباً دل أن الثانى ليس بعوض عن الأول حقيقة فلم يكن هذا معاوضة بل كان هبة مبتدأة فلم تجب به الشفعة) .

١ – المغنى ٣١٥/٥ وفيه (ما عوضه المال كالبيع فهذا فيه الشفعة بغير خلاف وهو فى حديث جابر فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به) ، شرائع الإسلام ٣ / ٢٥٤ .

٢ – البدائع ٦ / ٢٦٩٦ ، المغنى ٣١٥/٥ و الجوهرة ٢٧٨/١ ، كشاف القناع ٤ /١٥٢ .

وأما فى جناية الخطأ فلأن قيمـــة الدية معلومة ومقدرة شرعا فيأخذ الشفيع بها .

٣١ ـ وأما إذا كان انتقال الملك بعوض ولكنه ليس مالا كالدار التى يتزوج الرجل عليها ، أو يخالع المرأة بها ، أو يستأجر بها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد ، أو تكون أجراً على عمل طبيب أو حجام أو نحو ذلك .

فلا تجب فيهـا الشفعة عن أبى حنيفة وأحمد وابن حزم والأمامية ، وداوود والليث بن سعد والشعبى والثورى[١] .

وذلك ، لأن الشفعة إنما تجب فى مبادلة المال بالمال وهذه الأعواض ليست بأموال والشرط أن يكون بدل الملك مالا حتى يمكن أن يدفعه من يريد الأخذ بالشفعة .

وقال مالك والشافعى وأحمد فى رأى والحـارث العكلى . وابن أبى ليلى وابن شبرمة والحسن بن حى فى الصداق الشفعة ثم اختلفوا فقال العكلى والشافعى يأخذ بصداق مثلهـا ، لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل فى الأخذ بالشفعة كما لو باعه بعرض .

وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة والحسن بن حى ومالك يأخذه بقيمة الشقص وهو قياس قول ابن حامد من الحنابلة لأنه لو وجب مهر المثل كان فى ذلك تقويم البضع على الأجانب ويقع الضرر على الشفيع ، لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه عادة بخلاف البيع

---

١ ـ البدائع ٢٦٩٨/٦ ، كشاف القنـــاع ١٥٢/٤ ، المحلى ٨٨/٩ ، شرائع الإسلام ٢٥٤/٣ ، المغنى ٣١٥/٥ ، المادة ١٠٨ من مرشد الحيران وتنص على أنه (لا شفعة فيما ملك بهبة بلاعوض مشروط فيها أو صدقة أو إرث أو وصية . ولا فى عقار ملك ببدل ليس بمال كما لو استأجر شيئا بدار أو حانوت .

ولأن الغرض من الشفعة رفع ضرر الدخيل وهذا متحقق هنا .

٣٢ ـ البيع بشرط الخيار :

١ ـ وإذا كان فى البيع خيار وكان الخيار للبائع أو للبائع والمشترى معا فلا تثبت الشفعة باتفاق الفقهاء حتى يوجب البيع ، لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة [١] .

---

١ ـ البدائع ٢٧٠١/٦ ، تبيين الحقائق ٢٥٣/٥ ، الفتاوى الهندية ١٩٠/٥ ، بداية المجتهد ٢٨١/٢ وقد نص فيها على أنه قد (اتفق العلماء أن المبيع الذى بالخيار أنه إذا كان الخيار فيه للبائع أن الشفعة لاتجب حتى يجب البيع. واختلفوا إذا كان الخيار للمشترى فقال الشافعى والكوفيون : الشفعة واجبة عليه ؛ لأن البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه ، وقيل إن الشفعة غير واجبة عليه لأنه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك وأحمد .

وانظر المهذب ٣٧٨/١ وفيه : (وإن اشترى شقصا وشرط الخيار فيه للبائع لم يكن للشفيع أن يأخذ قبل انقضاء الخيار ؛ لأنه فى أحد الأقوال لا يملك الشقص ، وفى القول الثانى ملكه موقوف فلا يعلم هل يملك أم لا ؟

وفى القول الثالث يملكه ملكا غير تام ، لأن للبائع أن يفسخه ولأنه إذا أخذ بالشفعة أضر بالبائع ، لأنه ينقطع حقه من الفسخ والضرر لا يزال بالضرر ..)

وجاء فى المغنى ٣١٨/٥ (ولا تثبت الشفعة فى بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وحده أيها كان ، وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة، لأن الملك انتقل فتثبت الشفعة فى مدة الخيار كما بعد انقضائه وقال أبو حنيفة إن كان الخيار للبائع أولهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضى ، لأن فى الأخذ بها إسقاط حق البائع من الفسخ وإلزام البيع فى حقه بغير رضائه ، ولأن الشفيع إنما يأخذ من المشترى ولم ينتقل الملك إليه) ، أنظر كشاف القناع ١٨١/٤ .

فإن أسقط البائع خياره حتى لزم البيع فتجب فيه الشفعة للشفيع .

٢ ـ وهل يجب على الشفيع طلب الشفعة عند سقوط الخيار أم عند البيع؟

اختلف الفقهاء فيرى بعضهم أن الشفعة تجب للشفيع إن طلبها عند البيع بشروطها . أى أنه يجب على الشفيع أن يطلب الشفعة عند حصول البيع وإلا سقط حقه [١] .

ويرى بعض آخر أنه يكفى حصول الطلب عند سقوط الخيار ، لأن البيع إنما صار سببا لإفادة الملك فى ذلك الوقت [٢] ووجوب الشفعة يبتنى على انقطاع حق المالك بالبيع وهو ينقطع به عنده .

٣٣ ـ خيار المشترى :

وإذا كان الخيار للمشترى فقال أبو حنيفة والشافعى والكوفيون تثبت الشفعة لأن المبيع قد خرج من ملك البائع [٣] ، وإذا جاز للشفيع أن يأخذ بعد لزوم العقد فأولى به أن يأخذ قبل لزومه .

وقال مالك وأحمد لا تثبت الشفعة ، لأن المشترى غير ضامن له ؛ ولأنا إذا جوزنا له الأخذ بالشفعة فقد ألزمنا المشترى بالبيع مع أن له الخيار .

---

١ ـ مرشد الحيران المادة ١١٦ وفيها : (لا شفعة فيما بيع بشرط الخيار للبائع إلا إذا أسقط البائع خياره حتى لزم البيع فتجب فيه الشفعة إن طلبها عند البيع بشروطها) .

٢ ـ تبين الحقائق ٥/٢٥٤ .

٣ ـ المصدر السابق ، الفتاوى الهندية ٥/١٦٠ ، المهذب ١/٣٧٨

٣٤ ـ الخيار للشفيع :

إذا شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له فى المبيع ، لأنه لما شرط الخيار للشفيع صار كأنه شرط الخيار لنفسه ، فإن أجاز الشفيع البيع جاز وبطلت شفعته، لأن البيع من جهة الشفيع قد تم وصار كأنه باع .

وإن فسخ فلا شفعة له أيضا ، لأن ملك البائع لم يزل ، ولـكن الحيلة للشفيع فى ذلك ألا يجيز ولا يفسخ حتى يجيز البائع البيع أو يجوز بمضى المدة فحينئذ له الشفعة [1] .

٣٥ ـ وكذلك لو باع داره على أن يضمن له الشفيع الثمن على المشترى والشفيع حاضر فضمن ، جاز البيع ولا شفعة له ، لأن البيع من جهة الشفيع قد تم ولا شفعة له [2] ، لأنه لا يجوز له نقض ما تم من جهته .

٣٦ ـ ولو أن المشترى اشترى داراً وشرط الخيار للشفيع ثلاثة أيام كان للشفيع الشفعة ، لأن اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشترى وذلك لا يمنع وجوب الشفعة [3] .

والرأى الذى أختاره للترجيح فى المسائل الخلافية فى هذا أنه يثبت الحق للشفيع فى الشفعة إذا انتقل الملك المشفوع عليه على سبيل المعاوضة سواء كانت المعاوضة فى مقابل عوض مالى أم كانت فى مقابل يمكن تقديره بالمال ولو كان منفعة ، لأن البدل الذى تؤخذ به العين المشفوعة يمكن أن يتم منوزة بدفع المسمى فى العقد ، أو مثل

---

١ ـ حاشية الشلبى بهامش تبيين الحقائق ٢٥٤/٥، الفتاوى الهندية ١٦٠/٥ .
٢ ـ المصدر السابق ، تبيين الحقائق ص ٢٥٩، الجوهرة ٢٨٠/١ .
٣ ـ المصدر السابق .

بدفع قيمته وهذا أصل مقرر فى الشريعة الإسلامية .

ولا فرق بين البيع وغيره ، لأن الأحاديث أفادت ثبوت الحق للشفيع بانتقال الملك عن الشريك أو الجار بالبيع وقياس غيره عليه .

وذلك حتى يتمكن الشفيع من رفع الضرر عن نفسه بدفع أذى الدخيل الذى يدوم ويتأبد ضرره والله أعلم .

* * *

المطلب السادس
فى
كيفية الأخذ بالشفعة

٣٨ — كيفية الأخذ بالشفعة عند انفراد الشفيع :

الثمن الحالى — اتفق الفقهاء على أن الشفيع يأخذ العين المشفوعة بالثمن الذى أخذها به المشترى واستقر عليه العقد إذا كان الثمن دراهم أودنانير وكان حالا وذلك لما رواه أبو إسحاق الجورجانى فى كتابه فى حديث جابر أن النبى ﷺ قال : « هو أحق بالثمن » ، ولأن الشفيع إنما استحق العين المشفوعة بالبيع فكان مستحقا لها بالثمن كالمشترى (١) .

٣٩ — أما إذا كان الثمن قيميا مما لا مثل له كالثياب والحيوان أخذها الشفيع بقيمة الثياب أو الحيوان عند جمهور العلماء .

وحكى عن الحسن وسوار أن الشفعة لا يجب فى هذه الصورة ، لأنها تجب بمثل الثمن ، وهذا لا مثل له فتعذر الأخذ فلم تجب كما لو جهل الثمن .

واستدل الجمهور بأن القيمة أحد نوعى الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة كالمثالى وما ذكره الحسن وسوار يصح ، لأن المثل يكون من طريق الصورة ومن طريق البدل كبدل المتلف وهو الأرجح .

٤٠ — وإن كان الثمن مثليا كالمكيل والموزون من الحبوب والأدهان وكل

---

١ — تبيين الحقائق ٥/٢٤٩ ، المغنى ٥/٣٤٨ ، القوانين الفقهية ص٣١٤ المهذب ١/٢٧٨ ، البدائع ٦/٢٢٣٢ .

ما له مثل أخذها الشفيع بمثله؛ لأنها من ذوات الأمثال فهو كالأثمان بالإتفاق(١).

٤١ - وإذا كانت العين المشفوعة قد دفعت في موضحة وجبت عليه أو منقلة فإن الشفيع يأخذها بالدية الواجبة المقدرة شرعا (٢).

٤٢ - الثمن الموجل :

اختلف الفقهاء في الثمن إذا وقع الشراء بثمن مؤجل إلى سنة مثلا أيأخذه الشفيع بالثمن إلى ذلك الأجل، أم يأخذ المبيع بالثمن حالا، أم هو مخير.

مذهب مالك وأحمد : قال مالك وأحمد وعبد الملك وإسحاق يأخذه بذلك الأجل إذا كان مليئا أو يأتي بضامن ملىء(٣)، لأن الشفيع تابع للمشتري في الثمن، والتأجيل من صفاته، ولا يلزمه الحلول لأن الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة الثمن.

وإذا كان غير موسر ومليء ولم يأت بضامن مليء فهو بالخيار بين أن يأخذ بثمن حال أو يترك (٤).

---

١ - المغني ٣٤٨/٥ وقد جاء فيه : (ولأن هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المماثل في إحداهما، ولأن الواجب بدل الثمن فكان مثله كبدل القرض والمتلف.)

٢ - الموضحة : جراحة بالرأس توضح العظم وتكشفه وفيها نصف عشر الدية (خمس من الإبل أو خمسمائة درهم) والمنقلة جراحة بالرأس تنقل العظم وفيها عشر ونصف عشر الدية. أنظر بداية المجتهد ٢٨٢/٢.

٣ - حاشية الدسوقي ٤٨٨/٣، منح الجليل ٥٨٩/٣.

٤ - المغني ٣٥٠/٥، كشاف القناع ١٧٩/٤، بداية المجتهد ٢٨١/٢، القوانين الفقهية ص ٣١٤.

٤٣ — مذهب الحنفية والشافعى :

١ — وقال أبو حنيفة والشافعى ومالك فى رأى الشفيع مخير بين الأخذ بثمن حال ويدفع الثمن حالا ، أو ينتظر إلى حلول الأجل ويأخذ ولا تلزمه الحلول لئلا يلزمه أكثر مما يلزم المشترى .

ولا التأجيل ، لأن رضاء البائع بالأجل فى حق المشترى لا يدل على رضاه بحق الشفيع لتفاوت الناس فى اليسار والإعسار وإيفاء الحقوق [١] .

فإن أدى الثمن للبائع سقط الثمن عن المشترى ، وإذا أراد الشفيع تأجيل الثمن فليس له ذلك إلا برضاء المأخوذ منه ، فإذا لم يرض المأخوذ منه فهو إما أن ينقد الثمن حالا ، أو يصبر حتى يحل الأجل ؛ فإن نقد الثمن حالا وكان الأخذ من المشترى بقى الأجل فى حق المشترى على حاله ، حتى لا يكون للبائع ولاية مطالبة المشترى قبل حلول الأجل [٢] .

٢ — وقال الثورى ومحمد بن الحسن لا يأخذها إلا بالنقد ؛ لأنها قد دخلت فى ذمة المشترى ، ولو جاز للشفيع الأخذ بالأجل لألزمنا المشترى قبول ذمة الشفيع ، والذمم تتفاوت . وبهذا قال الزيدية [٣] .

---

١ — تبيين الحقائق ٢٤٩/٥ ، مرشد الحيران المادة ١٢٧ وقد نص فيها على وإنه : (إذا قضى للشفيع بالبيع وكان ثمنه مؤجلا على المشترى . يأخذه الشفيع بثمن حال ، فإن أداه للبائع سقط الثمن عن المشترى ، وإن أداه الشفيع للمشترى فليس للبائع أن يطالب المشترى به قبل حلول الأجل المتفق عليه) .

٢ — أنظر الفتاوى الهندية ٥ / ١٧٦ — ١٧٧ ، المصدر السابق ، فتح القدير ٤٢٨/٧ .

٣ — تبين الحقائق ٢٤٥/٥ وفيه (وعن محمد رحمه الله القاضى لا يقضى له بالشفعة حتى يحضر الثمن وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمها الله احترازا عن قوى الثمن ...) .

٣ ـ ويرى بعض المالكية أن العين تبقى في يد الذي باعها فإذا بلغ الأجل أخذها الشفيع .

٤ ـ ويرى ابن حزم والشافعي في القديم وزفر أن للشفيع أخذها بالثمن الذي باع به البائع للمشتري وإلى ذلك الأجل لقوله عليه الصلاة والسلام « فالشريك أحق به » وذلك يوجب الأخذ بما بيع به[١] . جملة وتفصيله على المشتري فيما اشترى فقط ؛ ولأن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته فكان تابعا له في التأجيل .

٥ ـ وفي قول الشافعي أنه يأخذه بسلعة تساوي مائة إلى الأجل لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة ؛ لأن ذلك أكثر مما لزم المشتري ولا يمكن أن يطالب بمائة مؤجلة ، لأن الذمم لا تتماثل فجعل ذمة الشفيع مثل ذمة المشتري فوجب أن يعدل إلى جنس آخر بقيمته كما يعدل فيما لا مثل له إلى جنس آخر بقيمته[١] .

٤٤ ـ الراجح .

والرأي الذي اختاره للترجيح هو رأي محمد بن الحسن والزيدية والثوري من أن الشفيع لا يأخذ العين المشفوعة إلا بالنقد وبثمن حال ؛ لأن الذمم تتفاوت ولا يلزم المشتري بقبول ذمة الشفيع وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة احترازا عن توكي الثمن .

٢ ـ ولأن الأجل يثبت بالشرط وليس هو من لوازم العقد فاشتراطه في حق المشتري لا يكون اشتراطا في حق الشفيع كالخيار والبراءة من العيوب . ورضا البائع به في حق المشتري لا يدل على رضاه به في حق الشفيع[٢] .

* * *

١ ـ المحلى ٩٥/٩ . فتح القدير ٤٢٨/٥ ، المهذب ٣٧٨/١ ـ ٣٧٩ ، تبيين الحقائق ٢٤٩/٥ ، السيل الجرار /١٨١ .

٢ ـ تبيين الحقائق ٢٤٩/٥ ، السيل الجرار ١٨١/٣ ، ابن عابدين ٢٠٦/١ .

٤٥ ـ كيفية الأخذ بالشفعة عند تزاحم الشفعاء :

١ ـ وإذا تعدد الشفعاء بأن كانوا أكثر من واحد وكان المشفوع عليه واحداً .

فلا يجوز لأحدهم إذا ترك الباقون الأخذ بالشفعة بأن يأخذ نصيبه ويترك الباقي بل إما أن يأخذ الكل أو يترك إلا إذا وافقه المشترى على ذلك .

لأنا لو جوزنا له أخذ البعض وترك الباقي لكان في ذلك تفريق الصفقة على المشترى ، وفي ذلك من الضرر مافيه والضرر لا يزال بالضرر .

وقال أصبغ من أصحاب مالك إن كان ترك بعضهم الأخذ بالشفعة رفقاً للمشترى لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ حصته فقط [1] .

٢ ـ وإذا كان بعض الشفعاء غائبا ، وبعضهم حاضراً فأراد الحاضر أن يأخذ بالشفعة فإما أن يأخذ الكل أو يترك ، وليس له أخذ حصته فقط ، ويقضى للحاضر بالكل ؛ لأن الغائب لعله لا يطلب ، ولأن فى أخذه البعض تبعيضا لصفقة المشترى فلم يجز ذلك كما لو لم يكن معه غيره ، ولا يمكن تأخير حقه إلى أن يقدم شركاؤه لأن فى التأخير إضراراً بالمشترى .

---

١ ـ حاشية الدسوقى ٤٨٨/٣ ـ ٤٨٩ ، بداية المجتهد ٢٨٤/٢ ، المغنى ٣٦٦/٥ ابن عابدين ٢٢٢/٦ ، نهاية المحتاج ٢٠٤/٥ ، الإقناع ١٥٤/٢ ، شرائع الإسلام ٢٥٣/٣ ـ ٢٥٦ ، المهذب ٣٨١/١ ، كشاف القناع ١٦٤/٤ الإجماع لابن المنذر ص ٩٥ وفيه (وأجمعوا على أن من اشترى شقصا من أرض مشتركة فسلم بعضهم الشفعة ، وأراد بعضهم أن يأخذ فلمن أراد الأخذ بالشفعة أن يأخذ الجميع أو يدعه وليس له أن يأخذ بقدر حصته ويترك ما بقى) .

وإذا حضر الغائب وطالب بالشفعة فشارك الحاضر فيما أخذ، لأن حقه لا يسقط بغيبته للعذر [1] .

٤٦ ـ القسمة بين الشفعاء عند تعددهم إذا تساووا :

إذا تقدم الشفعاء عند تعددهم للأخذ بالشفعة يكون استحقاقهم للشفعة بقدر رءوسهم لا بقدر أملاكهم عند الإمام أبي حنيفة وابن حزم والشافعي في قول وأحمد في رأي :

ـ وهو قول ابراهيم النخعي والشعبي والحسن البصري وابن أبي ليلى وابن شبرمة، وسفيان الثوري وشريك والحسن بن حي وعثمان البتي وعبيد الله بن الحسن وأبي سليمان [2] .

وذلك لأنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال بالملك فيستوون في الاستحقاق ، وعلة الاستحقاق اتصال الملك لا قدره والترجيح لقوة العلة لا للكثرة [3] .

ولقوله ﷺ « الشفعة على رءوس الرجال » .

وقول رسول الله ﷺ « فشريكه » تسوية بين جميع الشركاء ، ولو كان هناك مفاضلة لبينها رسول الله ﷺ ، ولم يجمل الأمر ، فبطلت المفاضلة .

وبيان ذلك أن سبب استحقاق الشفعة إما الجوار أو الشركة وقد استويا في

---

١ ـ المصدر السابق ، المحلى ٩٧/٩ .

٢ ـ المحلى ٩٨/٩ ، كشاف القناع ١٦٤/٤ ، نتائج الأفكار ٤١٤/٧ .

٣ ـ المصدر السابق ، مجمع الأنهر ٤٣/٢ ، تبيين الحقائق ٢٤١/٥ ، المهذب ٣٨١/١ ، البدائع ٢٦٨٣/٦ ، الجوهرة ٢٨١/١ .

أصل ذلك ، فإن صاحب القليل شريك كصاحب الكثير، أو جار لاتصال بالمبيع كصاحب الكثير . (١)

ولهذا لو انفرد واحد أخذ الكل والاستواء في العلة يوجب الاستواء في الحكم ولا ترجيح بكثرة العلل بل بقوة فيها ، ألا ترى أن أحد الخصمين إذا أقام شاهدين والآخر أربعة فهما سواء (٢) .

فمثلا لو كانت دار بين ثلاثة نفر لأحدهم نصفها ، ولآخر ثلثها ، ولآخر سدسها ، وباع صاحب النصف حصته لآخر ، وطالب الآخران بالشفعة ، يقسم النصف بينهما مناصفة ، وليس لصاحب الثلث أن يأخذ بموجب حصته حصة زائدة على الآخر (٣) .

٤٧ ـ وذهب الإمام مالك وجمهور أهل المدينة والشافعي في قول واحمد وابن سيرين وعطاء وسوار والعنبري واسحاق وأبو عبيد الى أن المشفوع يقسم بين الشفعاء بقدر الأملاك أو الأنصباء لا بقدر الرءوس .

فعلى هذا تقسم الدار أثلاثا في المسألة السابقة لصاحب الثلث ثلثاها، ولصاحب السدس ثلثها على قدر الشركة (٤) .

---

١ ـ المبسوط ٩٧/١٤ .

٢ ـ تبين الحقائق ٢٤١/٥ كشاف القناع ١٦٤/٤ .

٣ ـ مجلة الأحكام العدلية المادة ١٠١٣ وتنص على أنه (إذا تعددت الشفعاء فتبر عددا لرءوس ولا يعتبر مقدار السهام يعنى لا اعتبار لمقدار الحصص ..) .

٤ ـ المغنى ٣٦٣/٥ ، كشاف القناع ١٦٤/٤ ، بداية المجتهد ٢٨٢/٢ ، المحلى ٩٩/٩ ، القوانين الفقهية ص ٣١٤ ؛ حاشية الدسوقي ٤٨٦/٣ ؛ منح الجليل ٦٠٢/٣ .

لأن الشفعة حق يستفاد وجوبه بسبب الملك المتقدم فيوزع حق الشفعة بقـدر الأملاك ويحسب الأصل كالربح والثمرة والغـلة فى الأموال ، والأجرة فى المستأجر إذا كان بين شريكين فأكثر .

وأيضا الشفعة لإزالة الضرر ، والضرر يدخل على كل واحد بحسب حصته ، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة .

٤٨ — الراجح :

والرأى الأولى بالقبول والأجـدر بالاعتبار هو رأى الإمام أبى حنيفة ومن معه ذلك .

١ — لأن الضرر لا يتجزأ بل يصيب كل واحد كاملا كما يصيب الآخر

٢ — الترجيح يكون بقوة فى الدليـل لا بكثرته ولا قوة ههنـا لظهور الأخرى بمقابلته .

٣ — تملك ملك الغير لا يجعل ثمرة من ثمرات الملك ولا يقـاس على الثمرة وأشباهها بل هو لدفع الضرر .

٤ — وفوق ذلك كله حديث الرسول ﷺ «الشفعة على رءوس الرجال»[1] وهذا نص فى الموضوع .

٥ — وقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث جابر المتقدم « فشريكه أحق به » تسوية بين جميع الشركاء ولو كان هناك مفاضلة لبينها الرسول ﷺ ولم يجمل الأمر فبطلت المفاضلة .

---

١ — المبسوط ٩٧/١٤ .

٦ ـ وإذا أسقط بعض الشفعاء حقه فى الأخذ قبل القضاء لهم كان لمن بقى أن يأخذ الكل بالإجماع ، لأن السبب لاستحقاق الكل قد وجد وتقرر فى حق كل واحد منهم والتشقيص للمزاحمة وقد زالت . فعلى هذا إذا اجتمعوا تساووا كما لو تساووا فى الملك وكالبنين فى الميراث وكالمعتقين فى سراية العتق .

ونظير الرهن فإنه يحبس بكل الدين وبكل جزء من أجزائه[1] .

والله أعلم .

* * *

٤٩ ـ تزاحم الشفعاء مع اختلاف السبب :

وإذا اختلفت أسباب الشركة كما إذا كان الشركاء فى الدار أو الأرض استحق بعضهم الملك بالفرض والآخرون بالتعقيب ، مثل ما إذا مات الميت وترك بنتين وابنى عم وترك عقاراً فباعت إحدى البنتين حظها ونصيبها .

١ ـ فالشفعة بين البنت وابنى العم عند أبى حنيفة وأحمد والمزنى والشافعى فى الجديد وابن حزم ولا فرق فى استحقاق الشفعة بين صاحب السهم والعصبة وبه قال المغيرة .

لأنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد .

ولأن الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهذا يوجد فى حق الكل والاعتبار بالشركة لا بسببها .

---

١ ـ انظر فتح القدير ٥/٤١٤ ، نهاية المحتاج ٥/٢١٣ ، المغنى ٥/٣٦٣ ، بداية المجتهد ٢/٢٨٠ ، الشرح الصغير ٢/ ٢٦٢ ، حاشية الدسوقى ٣/٤٨٦ ، تبيين الحقائق ٥/٢٤١ .

٢ ــ وقال مالك والشافعي في القديم إن البنت أحـــق بالشفعة لأنها أخص بالشركة من ابني العم لاشتراكها في سبب الملك وهو الفرضية .

٣ ــ ولو باع أحد ابني العم نصيبه استحقت البنات ؛ لأنهما صاحبتا سهم ، وشاركتا ابن العم الثاني ، لأن ذوي السهام أقعد من العصبة وبهـذا القول قال ابن القاسم من المالكية .

٤ ــ وقال أشهب من المالكية يتقاسم ذوو السهـام وحدهم والعصبة وحدهم ولا يدخل أحدهما على الآخر[1] .

٥٠ ــ الراجح .

والذي أميل إليه أن الكل يشترك في الأخذ بالسوية ولا فرق بين أصحاب السهام وذوي العصابات ، لأن الجميع شركاء حال ثبوت الشفعة فكان العقار بينهم كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد .

٢ ــ ولأن الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على الشركاء بسبب شركته وهذا يوجد في حق الكل بدرجة واحدة ولا فرق بين أصحاب السهم والعصبات وهكذا الحكم في جميع الصور التي يتعدد فيهـا سبب الملك ، وعمدة هذا عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم يفصل ذوي سهم من عصبة[2] .

* * *

---

١ ــ وبه قال علقمة بن قيس وابراهيم النخعي والثوري ــ بداية المجتهد ٢/٢٨٣ ، حاشية الدسوقي ٣/٤٩٢ .

٢ ــ الشرح الصغير ٣ / ٢٦٣ ، بداية المجتهد ٢ / ٢٨٣ ، القوانين الفقهية ص ٢١٤ نهاية المحتاج ٥/٢١٣ ، المهذب ١/٣٨١ ، المغني ٥/٣٦٤ ، المحلى ٩/٩٨ .

٥١ - تعدد المشفوع عليهم :

وإذا تعدد المشفوع عليهم وكان الشفيع واحدا بأن اشترى اثنين أو أكثر نصيب واحد من الشركاء أو الجار .

١ - ذهب الأئمة الأربعة أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وأحمد وأشهب من المالكية وابن حزم(١) إلى أن الشفيع بالخيار بين أن يشفع على واحد منهم أو يشفع على الكل .

لأن كل واحد منهم يعتبر مشتريا ومنفرداً بالعقد فلا يتوقف الأخذ به على الأخذ بما في العقد الآخر .

وإذا أخذ من أحدهم فلا يستحق الآخرون الشفعة فيه ، لأن ملكها لم يسبق ملك من أخذ نصيبه والشرط أن يكون الملك موجودا قبل البيع .

٢ - وقال ابن القاسم من المالكية ، إما أن يأخذ الكل أو يدع ، لأن البائع واحدا(٢) .

---

١ - المغنى ٣٧٠/٥ . المحلى ٩٨/٩ ، المهذب ٣٨١/١ مرشد الحيران المادة ١٣٥ وفيها . (الشفعة لا تقبل التجزئة فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار المشفوع ، ويترك بعضه جبرا على المشترى ، إما إذا تعدد المشترون واتحد البائع وقبض المبيع منه أو لم يقبضوه ودفعوا له الثمن فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقى) ، ابن عابدين ٢٤٦/٦ ، بداية المجتهد ٢٨٣/٢ ، تكملة فتح القدير ٤٥٠/٧ ، حاشية الدقى ٤٩٠/٣ .

٢ - حاشية الدسوقى ٤٩٠/٣ .

٥٣ ـ تعدد البائعين :

١ ـ إذا اشترى رجـل من رجلين أو أكثر شقصا فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر عند الشافعي وأحمد وابن حزم ،

لأن عقد الاثنين مع واحد عقدان ، فيعتبر مشتريا من كل واحد منهما بثمن مفرد .

فجاز أن يأخذ أحدهما دون الآخر كما لو اشترى في عقدين متفرقين (١) .

٢ ـ وقال أبو حنيفة ومالك والقاضي لا يجوز (٢) .

بل إما أن يأخذ الكل أو يترك لئلا تتبعض الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة ضرر ، فإن أخذ الملك منه ضرر ، والتشقيص زيادة ضرر .

٥٤ ـ الراجح :

والذي أختاره للترجيح هو القول الأخير ، لأن في أخذ البعض دون البعض تفريق الصفقة على المشتري ، وربما كان في شرائه من الاثنين غرض فبأخذ البعض دون البعض يفوت ذلك الغرض ويتضرر به ولا ضرر ولا ضرار (٣) . « كما يقول رسول الله ﷺ » .

٥٥ ـ المشتري أحد الشفعاء :

ولو كان المشتري أحد الشفعاء وطلب معهم .

---

١ ـ المغني ٣٦٩/٥ ، القوانين الفقهية ص ٣١٤ ، المهذب ٣٨١/١ .

٢ ـ ابن عابدين ٢٤٦/٦ ، بداية المجتهد ٢٨٤/٢ ، فتح القدير والعناية ٤٥٠/٧ حاشية الدسوقي ٤٨٩/٣ .

٣ ـ الجامع الصغير ٢٠٣/٢ .

١ - فذهب الأئمة الأربعة وابن حزم إلى أنه يحسب واحداً منهم ويقسم المبيع بينهم وللشركاء مشاركته فيه ، وبه قال الإمامية على الراجح ؛ لأنه شريك وهم شركاء فهو داخل معهم فى قول رسول الله ﷺ « فشريكه أحق به » وما داما قد تساويا فى الشركة فيستويان فى الشفعة كما لو اشترى أجنبى (١) .

٢ - وحكى عن الحسن والشعبى وعثمان البتى أنه لا شفعة للاخر .

لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل ، وهذه شركته متقدمة فلا ضرر فى شرائه .

٣ - وفى قول للامامية (٢) والشعبى والحسن وعثمان البتى حكاه ابن الصباغ عنهم أن الشفعة كلها لغير المشترى ولا شىء للمشترى فيها .

لأن الشفعة تستحق عليه والإنسان لا يستحق شيئاً على نفسه .

٥٦ - الراجح :

والراجح القول الأول ؛ لأنه أحد الشركاء فيستحق بوصف الشركة لقوله عليه الصلاة والسلام « فشريكه أحق به » .

ولا يصح أن يقال إنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ

---

١ - المحلى ٩٧/٩ ، المغنى ٣٦٥/٥ ، شرائع الإسلام ٢٥٧/٣ القوانين الفقهية ص ٣١٤ ، حاشية الدسوقى ٤٨٧/٣ .

٢ - المصدر السابق ، شرائع الإسلام ٢٥٧/٣ وتنص على أنه (لو كانت الدار بين ثلاثة فباع أحدهم من شريكه استحق الشفعة الثالث دون المشترى لأنه لا يستحق شيئاً على نفسه وقيل أن يكون بينهما ولعله أقرب) مجلة الأحكام العدلية المادة ١١٠٣ بشرح سليم باز ، ابن عابدين ٢١٩/٦ .

قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه .

ولا يمتنع أن يستحق الإنسان على نفسه جل تعلق الغير به كما في العبد المرهون إذا جنى على عبد آخر لسيده ثبت للسيد على عبده أرش الجناية لأجل تعلق حق المرتهن به ولو لم يكن رهنا ما تعلق به (١)

١ـ المصدر السابق .

المطلب السابع
فى
شروط الأخذ بالشفعة، ومتى يأخذ الشفيع

شروط الأخــذ بالشفعة

٥٧ ـ ملكية الشفيع (١) :

يشترط لاستحقاق الشفعة أن يكون سبب الاستحقاق للشفعة، وجودا قبل البيع بأن يكون للشفيع ملك الرقبة سابق على البيع، لأن الشفعة ثبتت لدفع الضرر عن الشريك فإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه فلا شفعة .

٥٨ ـ بقاء الملك للشفيع :

ويشترط استمرار ملكية الشفيع للعقار الذى يشفع به حق يتملك المشفوع بالقضاء أو الرضا (٢) .

فإذا باع الشفيع ما يشفع به بعد العلم بالبيع وقبل الحكم له بالشفعة .

١ ـ ذهب الأئمة أبو حنيفة والشافعى وأحمد وقول لمالك إلى أنه لا يكون له حق الشفعة حينئذ، لأنها شرعت لدفع الضرار عن الشريك أو الجار وبعد بيع

---

١ ـ المغنى ٥/٣٢٩، نتائج الأفكار وتكملة فتح القدير ٧/٤٤٦ .

تبين الحقائق ٥/٢٥٨ وفيها (وقيام ملك الشفيع فى التى يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط)، ومجلة الأحكام العدلية المادة ١٠١٨ وفيها (يشترط أن يكون المشفوع به ملكا ...)، كشاف القناع ٤/١٦٩، منح الجليل ٣/٥٩٨ .

الشفيع العقار الذى يشفع به لم يبق شريكا ولا جارا فزال سبب الاستحقاق قبل التملك وقو الاتصال بملكه (١).

٢ — ويرى ابن حزم ومالك والشافعى فى قولها الآخر أنه لا تسقط شفعته.

لأنه وجبت له الشفعة، والشركة موجودة فلا تسقط بالبيع وحده، ولأنه لم يوجد منه ما يدل على الرضا بتركها فتبقى وهو اختيار ابن القاسم من المالكية (٢).

٥٨ — الراجح :

والذى اختاره للترجيح هوالقول الأول للأئمة الأربعة ومن معهم، لأن الشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار، أو ما يوجبها من أجرة القسمة وبيعه ما يشفع به وهو الملك زال السبب الذى يستحق به الشفعة حيث لا يوجد الضرر لانقطاع المجاورة.

٥٩ — المشترى من الشفيع :

وعلى هذا لو اشترى شخص ما من الشفيع ما كان له حق طلب الشفعة به

---

١ — المصدر السابق.

٢ — تبين الحقائق ٢٥٨/٥، الشرح الصغير ٦٢٩/٣، حاشية الدسوقى ٤٨٤/٣ منح الجليل ٥٩٨/٣ وفيها (أو باع الشفيع حصته التى يشفع بها ق ابن المواز لو باع أحد الشريكين بيع بتل ولم يأخذ شريكه الشفعة حتى باع هو أيضا نصيبه من الذى ابتاع من شريكه ولم يبق فى الدار شرك أو من غيره فالشفعة له ثابتة ولا يبطلها بيعه لنصيبه كان بذلك عالما أو جاهلا لأنها قضاء من رسول الله ﷺ وحق وجب له ٠٠٠)، بداية المجتهد ٢٨٤/٢، المهذب ٣٨١/١، نهاية المحتاج ٢١٨/٥ المادة ١٤١ من مرشد الحيران.

(المشفوع به) وكان هذا الشراء بعد بيع البائع العقار موضوع الشفعة ليس له حق الشفعة كالذى اشترى منه (البائع) .

لأنه لم يكن مالكا لما يشفع به وقت العقد الأول الذى خرج فيه المشفوع فيه عن ملك صاحبه .

٦٠ ـ الاستحقاق :

لو استحق شخص ما شقصا فى أرض بأى وجه من وجوه الاستحقاق، وكان قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق ما يشفع فيه .

١ ـ فيرى الإمامان مالك والشافعى أن المستحق له أن يأخذ بالشفعة على البيع ، وإن لم تكن يده عليه ، لأنه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع .

٢ ـ وقال الإمامان أبو حنيفة وأحمد لاشفعة له ، لأن من شرط استحقاق الشفعة أن يكون الملك سابقاً على البيع ، وهو لا يثبت له مال الشركة إلا يوم الاستحقاق ، وقبله لم يكن شريكا فلم يوجد السبب .

وفى رواية عن مالك أنه إن طال الزمان فلا شفعة وإن لم يطل ففيه الشفعة وهذا استحسان[1] .

٦١ ـ الراجح :

والراجح ماذهب إليه الإمامان مالك والشافعى ، لأنه فى الاستحقاق يعود الملك إلى ما قبل البيع للأرض المشفوعة فيكون السبب فى استحقاق الشفعة وهو الاتصال بملكه موجوداً قبل البيع .

---

١ ـ بداية المجتهد ٢/٢٨٤ .

حق الشفعة وهل يسقط

بموت الشفيع ؟

٦٢ - إذا مات الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالتراضى أو قضاء القاضى

١ - ذهب الإمام أبو حنيفة وأحمد فى قول وسفيان الثورى والحسن بن حى وإسحاق والشعبى والنخعى والثورى وابن حزم .

إلى أنه تبطل الشفعة بموت الشفيع ولا ينتقل الحق فيها إلى ورثته سواء كان موته قبل الطلب أو بعده .

وذلك لأن حق الشفعة ليس بمال بل هو مجرد إرادة ومشيئة ، ولأن ملك الشفيع الذى هو سبب الأخذ قد بطل بموته .

وشرط الأخذ بقاء سبب الشفعة من حين البيع إلى زمن الأخذ بالتراضى ، أو الحكم بقضاء القاضى ، وملك الورثة حادث بعد البيع ، فلم يوجد السبب وقت حصول البيع ، ولهذا لا يجوز للشفيع أخذ العوض عنه ، فلو باع حقه فى الشفعة بطل حقه لوجود الإعراض (١) .

٢ - وذهب أئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد إلى ثبوت هذا الحق للوارث

---

١ - تبين الحقائق ٢٥٧/٥ ، حاشية الشلبى بهامشه ، المادة ١٠٣٨ من مجلة الأحكام العدلية وفيها : (لو مات الشفيع قبل أن يكون مالكا للمشفوع بتسليمه بالتراضى مع المشترى أو بحكم الحاكم لا ينتقل حق الشفعة إلى ورثته) . بداية المجتهد ٢ / ٢٨٦ . المحلى ٩ / ٩٦ وفيه عن الشعبى (معنا أن الشفعة لا تباع ولا توهب ولا تورث ولا تعار بل هى لصاحبها الذى وقعت له) . وانظر مرشد الحيران المادة ١٤٠ .

إذا كان المورث قد طالب بالشفعة بعد البيع ، لأن الوارث خليفة المورث ، فله ما كان عند خلفه من حقوق كالرد بخيار العيب كأحق القصاص .

ومنها حق الشفعة دفعا عن نفسه لضرر الدخيل ، ولأن الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط تأخير الأخذ بعده وقبله يسقط [1] .

وإذا لم يطالب المورث بالشفعة قبل موته فلا حق للوارث فى الشفعة بالإجماع .

٦٣ ـ الرأى الراجح :

والرأى الذى اختاره للترجيح هو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة ومن معه من سقوط الحق فى الشفعة بموت المورث قبل الطلب .

لأن حق الشفعة مجرد حق ، وهو حق التملك وأنه مجرد رأى وهو صفته فلا يورث عنه بخلاف القصاص ، لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ، ولهذا جاز أخذ العوض عنه ، وملك العين يبقى بعد الموت ، فأمكن إرثه بخلاف الشفعة ، لأنها مجرد حق ، إذ هى مجرد الرأى والمشيئة ؛ ولهذا الاعتياض عنها وكذا لا يمكن إرثها .

ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التى يشفع بها ، ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع ، وقيام ملك الشفيع فى التى يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ

---

١ ـ المصادر السابقة ، مجمع الأنهر ٢/٤٨٤ ، نتائج الأفكار بتكملة فتح القدير ٧/٤٤٦ ، بداية المجتهد ٢/٢٨٦ ، القوانين الفقهية ص٣٢٤ ؛ نهاية المحتاج ٥/١٩ ، المهذب ١/٣٨٣ ، ابن عابدين ٦/٢٤١ .

بالشفعة شرط ولم يوجد فى حق الميت وقت الأخذ ، ولا فى حق الوارث وقت البيع فبطلت ؛ لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ [١] .

* * *

متى يأخذ من له الشفعة

٦٤ ـ طلب المواثبة من الحاضر :

١ ـ إذا علم من له الشفعة بالبيع وكان حاضراً وجب عليه أن يطلبها فور العلم بالبيع إذا أمكنه الطلب عند أبى حنيفة والشافعى وأحمد ،

لأن طريق التملك بالشفعة حق ضعيف لثبوته على خلاف القياس ، فوجب تقويته بالطلب الفورى فى مجلس العلم بقدر الوسع حسب المعتاد ، لقول الرسول ﷺ فيما يرويه القاضى أبو الطيب وابن الصباغ والماوردى «الشفعة لمن واثبها [٢]» ولهذا يسمى هذا الطلب طلب المواثبة ، ولا يجب أن يشهد الشفيع على هذا الطلب ، ولكنه أفضل خوف إنكار الخصم متى وصل الأمر إلى القضاء .

وروى ابن السلمانى عن أبيه عن ابن عمر قال : قال رسول ﷺ « الشفعة

---

١ ـ حاشية الشلبى ٢٥٧/٥ ، تبيين الحقائق ٢٥٨/٥ ، مرشد الحيران المادة ١٤٠ وتنص على أنه (تبطل الشفعة بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع قضاء أو رضاء ، سواء كان تملكه قبل الطلب أو بعده ، ولا ينتقل حقه فيها إلى ورثته) .

٢ ـ نيل الأوطار ٣٣٦/٥ ، نصب الراية ١٧٦/٤ ، البدائع ٢٧١٠/٦ ، الإقناع ١٥٢/٢ ، كشاف القناع ١٥٦/٤ .

كحل العقال » وفى لفظ قال : « الشفعة كنشطة العقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها » [١] .

وإلى هذا الرأى ذهب ابن شبرمة والبتى والأوزاعى [٢] . وإن علم وأمكنه الطلب ، ولم يطلب بطلت شفعته إلا أن أبا حنيفة قال : إن أشهد بالأخذ لم تبطل ، وإن تراخى ، وهو رواية عن أبى يوسف [٣] .

وقال محمد وزفر إن تركها شهراً بعد الإشهاد بطلت .

٢ ـ وذهب الإمام مالك إلى أن وقت طلب المواثبة ليس على الفور بل وقت وجوبها متسع ولا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بقسمة وبه قال أحمد .

وحد مالك هذا الأجل بمدة سنة وهو الأشهر ، وقيل أكثر ما لم يحدث المشترى بناء أو غرسا أو تغيراً كثيراً بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت [٤] .

٦٥ ـ طلب المواثبة من الغائب :

وأما الغائب فقد أجمع العلماء على أنه على شفعته ما لم يعلم بيبع شريكه لما روى جابر فى حديثه « ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحداً » [٥] .

١ ـ وبهذا قال مالك حتى لو علم وهو غائب ، ولأن الغائب فى الغالب معوق

---

١ ـ المصدر السابق .
٢ ـ المحلى ٩١/٩ ، المغنى ٣٢٤/٥ ، شرائع الإسلام ٢٥٩/٣ وبه قال الإمامية .
٣ ـ البدائع ٢٧١٤/٦ .
٤ ـ القوانين الفقهية ص٣١٣ ، حاشية الصاوى ٢٥٤/٢ ، بداية المجتهد ٢٨٥/٢ .
٥ ـ رواه أحمد والأربعة . نصب الراية ١٧٣/٤ .

عن الأخذ بالشفعة فوجب عذره .

٢ ـ وقال الأئمة الثلاثة أبو حنيفة والشافعي وأحمد إذا علم وهو غائب وجب عليه الطلب ، والإشهاد في مجلس علمه فإذا لم يطلب بطلت شفعته ؛ لأن سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه بإسقاطها .

٣ ـ ويرى ابن حزم أن حق الشفعة لا يسقط بترك الطلب ، ولو إلى ثمانين سنة أو أكثر : أى أنه لا يسقط إلا بإسقاطه بنفسه له ؛ لأنه حق ثبت له بإيجاب الله فلا يسقط بترك الطلب ؛ ولهذا يرى أن القول بأن الشفعة لمن واثبها لفظ فاسد لا يحل أن يضاف منه إلى رسول الله ﷺ .

وعند الشافعي قول يمثل ابن حزم وأقوال أخرى بأن هـذا الطلب يمتد إلى ثلاثة أيام أو تسعة أما أظهر الأقوال فهو وجوب طلبها على الفور (١) .

٦٦ ـ الراجح :

والذى اختاره أنه يجب طلبها على الفور إذا كان حاضراً أو كان غائباً وعلم بالبيع وذلك للأحاديث الثابتة عن النبى ﷺ « الشفعة لمن واثبها » وغيره .

٢ ـ ولأنه فى عدم الطلب على الفور تتعطل مصالح المشترى ، وتتقيد حريته، ويحجر على تصرفاته ، وفى ذلك من الضرر ما فيه « ولا ضرر ولا ضرار » وهذا كله إذا علم بالبيع والمشترى ومقدار الثمن .

---

١ ـ انظر المراجع السابقة ، نهاية المحتاج ٥/٢٠٢ ، المحلى ٩/٩١ ، المهذب ١/٣٧٩ ، ونقل عن ابن أبى ليلى والثورى أن الخيار مقدر بثلاثة أيام ، لأن الثلاث حدها خيار الشرط . المغنى ٥/٣٢٤ ، شرائع الإسلام ٣/٢٥٩ .

٦٧ ـ طلب الإشهاد والتقرير :

يجب على الشفيع بعد طلب المواثبة أن يشهد ويطلب التقرير (١) .

وطلب التقرير والإشهاد عليه يحتاج إليه بعد طلب المواثبة إذا لم يمكنه الإشهاد عند طلب المواثبة وذلك بأن يسمع عن الشراء حال غيبته عن المشترى والبائع والدار ، أما إذا سمع عند حضرة هؤلاء الثلاثة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ، ويقوم مقام الطلبين (٢) .

٦٢ ـ كيفية الطلب :

بعد طلب المواثبة يجب على الشفيع أن يتوجه من فوره إلى البائع إن كان المبيع فى يده أو إلى المشترى سواء كان المشفوع فى يده أولا ، لأن الملك له ويأخذ الشفعة منه أو إلى العقار .

ويقول إن فلانا اشترى هذه الدار ـ أو العقار ـ وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك (٢) .

وعن أبى يوسف يشترط تسمية البيع وتحديده ، لأن مطالبة غير معلوم لا تصح .

٦٩ ـ مدة طلب التقرير :

ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الإشهاد عند واحد من هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته (٣) ، والإشهاد ليس بشرط وإنما هو للتوثق

١ ـ البدائع ٧١٣/٦ ، المجلة المادة ١٠٣٠ ، كشاف القناع ١٥٦/٤ .
٢ ـ تبيين الحقائق ٢٤٣/٥ـ٢٤٤ وحاشية الشلبى عليه البدائع ٢٧١٣/٦ .
٣ ـ المصدر السابق ، مرشد الحيران المادة ١١٩ وتنص على أن (طلب التقرير =

وعن أبي يوسف أنه شرط .

٧٠ ـ طلب الأخذ والتملك :

وطلب الأخذ والتملك هو أن يطلب الشفيع في حضور القاضي بعد طلب التقرير والإشهاد فهو المرافعة إلى القاضي ليقضي له بالشفعة .

ويسمى هذا الطلب كذلك بطلب الخصومة أو طلب الإستحقاق (١) .

٧١ ـ مدته :

وهـذا الطلب لا يسقط بالتأخير بعد استقرت شفعته بالأشهاد عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية .

وعن أبي يوسف أنه ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر بطلت شفعته ، لأنه دليل الأعراض .

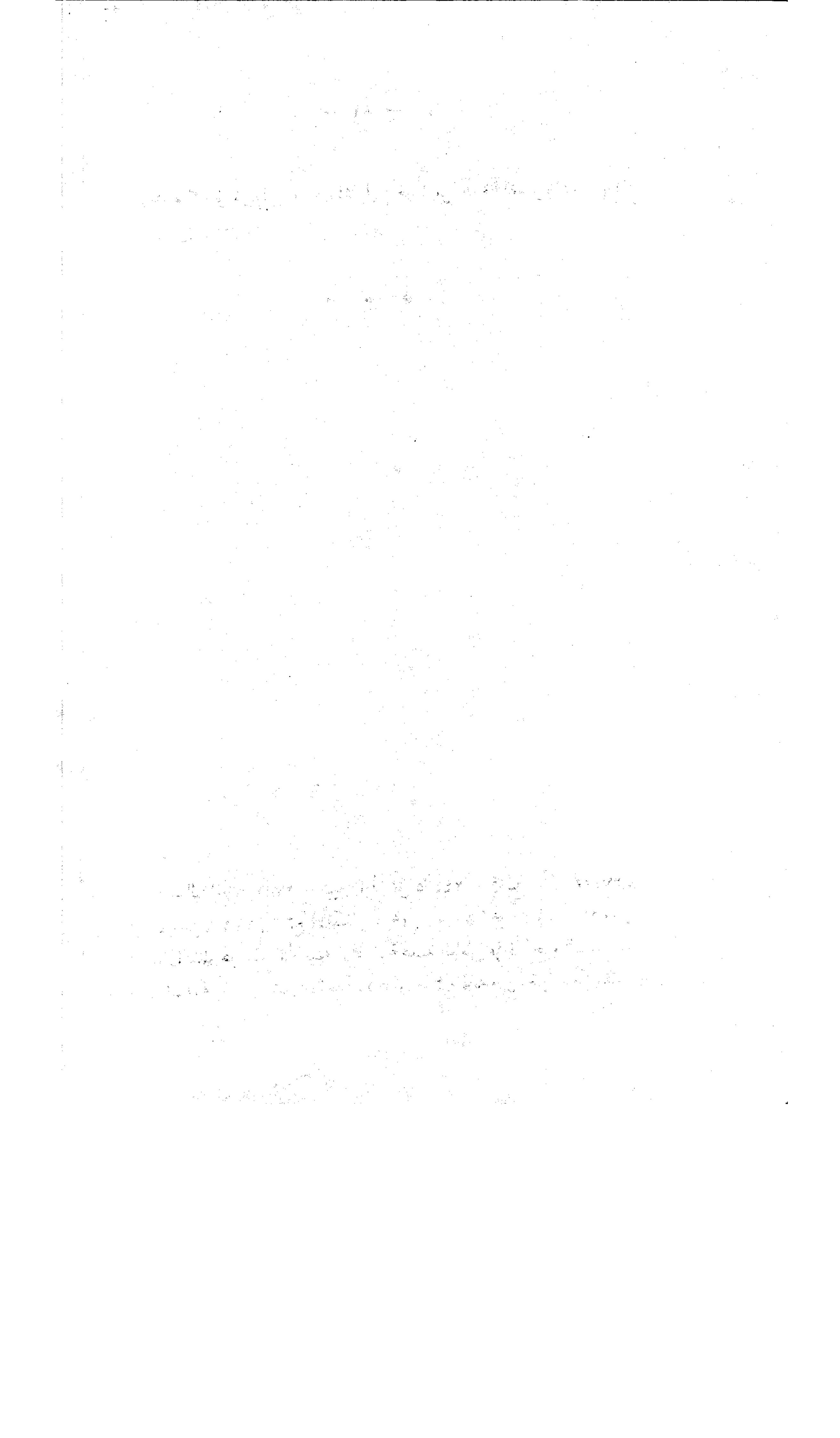
= هو أن يشهد الشفيع على البائع إن كان العقار المبيع في يده ، أو على المشترى وإن لم يكن العقار في يده أو عند المبيع ، بأنه طلب ويطلب الشفعة الآن ، والمدة الفاصلة بين هذا الطلب والطلب الأول مقدرة بالتمكن منه ، فإن تمكن بكتاب أو رسول ولم يشهد بطلت شفعته : وإن لم يتمكن منه فلا تسقط ، وإن أشهد الشفيع في طلب المواثبة عند أحد من هؤلاء المذكورين كفاه ذلك الإشهاد ذلك الإشهاد مقام مقام الطلبين) ، الفتاوى الهندية ١٧٣/٥ ، المغني ٣٢٤/٥ ، كشاف القناع ١٥٦/٤ .

١ ـ تبيين الحقائق وحاشية الشلبي ٢٤٤/٥ . مرشد الحيران المادة ١٢٠ ، مجلة الأحكام العدلية المادة ١٣٠١ وتنص على أنه (يلزم أن يطلب ويدعي الشفيع في حضور الحاكم بعد طلب التقرير والإشهاد ويقال لهـذا طلب الخصومة والتملك) .

وقدره محمد وزفر بشهر وعنه ثلاثة أيام خوفا من لحوق الضرر بالمشترى إذا تأخر عن ذلك [١] .

• • •

١ ـ البدائع ٢٧١٤/٦ ، تبيين الحقائق ٢٤٤/٥ ، مجمع الأنهر ٤٧٤/٢ ، ابن عابدين ٢٢٦/٦ ، نتائج الأفكار ٤١٩/٧ ؛ مرشد الحيران المادة ١٢٠ وفيها (طلب التملك هو طلب المخاصمة والمرافعة عند القاضي فإذا أخره الشفيع بعد طلب المواثبة والتقرير شهراً واحداً بلا عذر بطلت شفعته وإن أخره بعذر مقبول فلا تسقط) .



الخاتمـــة
فى
أحكام تتعلق بالشفعة

أحكام الشفعة كثيرة وسأقتصر عنها على ما يأتى :

٧٢ ـ ما يترتب على حق الشفعة :

لا يثبت الملك للشفيع فى المبيع إلا بأحد أمرين ٠

١ ـ التراضى : بتسليم المشترى ٠ ٢ ـ قضاء القاضى ٠

٧٣ ـ التملك بالرضا :

التملك بتسليم المشترى ظاهر ؛ لأن الأخذ بتسليم المشترى يبدل يبذله الشفيع و الثمن يفسر الشراء والشراء تملك [١].

٧٤ ـ التملك بقضاء القاضى :

المبيع لا يخلو (١) إما أن يكون فى يد البائع .
(٢) وإما أن يكون فى يد المشترى .

٧٢ ـ (١) المبيع فى يد البائع :

ذكر الكرخى من الحنفية أن القاضى إذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذى

---

١ ـ البدائع ٢٧٢٤/٩ ، تبيين الحقائق ٢٤٢/٥ ، ابن عابدين ٢١٦/٦ ، المادة ١٠٣٦ من مجلة الأحكام العدلية وقد جاء فيها (يكون الشفيع مالكا للمشفوع بتسليمه بالتراضى مع المشترى ، أو بحكم) ، وانظر المادة ١٢٥ من مرشد الحيران .

كان بين البائع و بين المشترى فى المشهور من قولهم وروى عن أبى يوسف أنه لا ينقض .

واختلف فقهاء الحنفية فيه . فقال بعضهم البيع لا ينتقض بل تتحول الصفقة إلى الشفيع ، وقال بعضهم ينتقض البيع الذى جرى بين البائع والمشترى وينعقد للشفيع بيع آخر كأنه كان من البائع إيجابان أحدهما مع المشترى والآخر مع الشفيع ، فإذا قضى القاضى بالشفعة فقد تبـل الشفيع الإيجاب الذى أضيف إليه ، وانتقض ما أضيف إلى المشترى سواء قبل المشترى الإيجاب المضاف إليه أو لم يقبل [1] .

وحينئذ يثبت للشفيع سائر الأحكام التى تثبت للمشترى من الرد بخيار الرؤية والعيب [2] .

٧٦ — (٢) المبيع فى يد المشترى :

وإن كان المبيع فى يد المشترى أخذه الشفيع منه ، ودفع الثمن إلى المشترى ، والبيع الأول صحيح ، لأن التملك وقع على المشترى فيجعل كأنه اشترى منه [3].

لمن يدفع الشفيع الثمن وعلى من تكون عهدته :

٧٧ — قال الإمام أبو حنيفة : إذا أخـذ الدار من يد البائع بدفع الثمن إلى البائع وكانت العهدة عليه . ويسترد المشترى الثمن من البائع إن كان نقد .

١ — المصدر السابق ، تبيين الحقائق ٥/٢٤٢ ، مجمع الأنهر ٢/٤٧٢ .
٢ — مرشد الحيران المادة ١٢٦ وقد جاء فيها : (تملك العقار قضاء كان أو رضاء يعتبر شراء جديداً فى حق الشفيع ، فله خيار الرؤية والعيب ، وإن اشترط المشترى مع بائعه البراءة منها) وانظر المادة ١٠٢٧ من مجلة الأحكام العدلية .
٣ — البدائع ٦/٢٣٦ .

وإن أخذها من يد المشترى دفع الثمن إلى المشترى ، وكانت العهدة عليه ؛ لأن العهدة هى حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق فيكون على من قبض الثمن .

ولأن الشفيع إذا أخذه من البائع تعذر قبض المشترى فينفسخ البيع بين البائع والمشترى فيكون الشفيع آخذا من البائع متملكا من جهته فتكون العهدة عليه [١] .

٧٨ — وذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد إلى أن عهدة الشفيع تكون على المشترى ، وعهدة المشترى على البائع .

بمعنى أن الشفيع إذا أخذ الشقص فظهر أنه مستحق فرجوعا بالثمن يكون على المشترى ، ويرجع المشترى على البائع ، وإن وجده معيبا فله رده على المشترى أو أخذ أرشه منه ، والمشترى يرد على البائع أو يأخذ الأرش [٢] منه سواء قبض الشقص من المشترى أو من البائع ؛ لحصول تمام الملك للمشترى .

٧٩ — وقال ابن أبى ليلى وعثمان البتى : العهدة على البائع ؛ لأن الشفعة إنما وجبت للشريك بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشترى [٣] .

---

١ — البدائع ٢٧٢٦/٦ ، مرشد الحيران المادة ١٢٨ وقد جاء فيها : (إذا قضى للشفيع بالعقار المشفوع فأدى ثمنه ثم استحق المبيع فإن كان أداه للمشترى فعليه ضمانه سواء استحق قبل تسليمه إليه أو بعده ، وإن كان أداه للبائع واستحق المبيع وهو فى يده فعليه ضمان الثمن للشفيع) .

٢ — الأرش : دية الجراحات ، وما يقابل النقصان — مختار الصحاح ص١٣ ، القاموس ٢٦١/٢

٣ — المصادر السابقة ، فتح القدير ٤٢٢/٧ ، حاشية الدسوقى ٤٩١/٣ ، تكملة المجموع ١٨٨/١٤ ، المغنى ٣٧٣/٥-٢٧٧ . بداية المجتهد ٢٨٦/٢ .

٨٠ — الرأى الراجح :

والذى أميل إلى ترجيحه هو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة من جعل العهدة على البائع إن كان قد قبض منه ، وعلى المشترى إن كان قد قبض منه ؛ لأن العهدة هى حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق فيكون على من قبض الثمن .

٨١ — الإقالة وهل تبطل الشفعة :

أجمع العلماء على أن الإقالة (١)، لاتبطل الشفعة سواء منهم من رأى أنها بيع، ومن رأي أنها فسخ .

وقال زفر لا تجب . لأن شفعته قد بطلت بالتسليم (٢) .

٨٢ — ما يحدثه المشترى فى المشفوع فيه :

إذا أحدث المشترى بناء أو غرسا أو ما يشبهه فى المشفوع فيه قبل قيام الشفيع بالطلب ، ثم قام الشفيع بطلب شفعته .

١ — قال مالك وأحمد لا شفعة إلا أن يعطى المشترى قيمة ما بنى او غرس — إلا أن يشاء المشترى أن يأخذ بناءه فله ذلك عند أحمد إذا لم يكن فى أخذه ضرر، ولأنه « لا ضرر ولا ضرار » وبه قال الشعبى والأوزاعى والبتى وسوار وإسحاق (٣)، لأنه بنى فى ملكه بتسليط من البائع .

---

١ — عرف بعض الفقهاء الإقالة : بأنها فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق ثالث « وهو الشفيع » : وعرفها البعض بأنها : « بيع فى حق المتعاقدين وغيرهما » .

٢ — تبيين الحقائق ٥/٢٥٦ .

٣ — المغنى ٥/٣٤٤ .

٢ ـ وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري وحماد بن أبي سليمان: الشفيع بالخيار.

ا ـ إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعا .

ب ـ وإن شاء كلف المشتري قلعه (١) .

٣ ـ وفي رأي للشافعي أن يخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس ، وبين ان يترك .

لانه متعد في البناء والغرس ؛ لأنه بني وغرس في محل تعلق به حق الغير من غير تسليط من جهة من له الحق، فينقض كالراهن إذا بني في المرهون، وهذا لأن حق الشفيع أقوى من حق المشتري .

٨٣ ـ الراجح :

والراجح أن الشفيع لا يأخذ إلا إذا دفع قيمة البناء والغرس للمشتري ؛ لأنه لا ضرر ولا ضرار .

٨٤ ـ القول عند الإختلاف في الثمن :

وإذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن فقال المشتري اشتريت الشقص بألف وقال الشفيع بل اشتريته بخمسمائة ولم يكن لواحد منهما بينة.

١ ـ ذهب الأئمة أبو حنيفة الشافعي وأحمد إلى أن القول قول المشتري ، إلا أن يكون للشفيع بينة .

---

١ ـ انظر المادة ١٠٤٤ من مجلة الأحكام العدلية وفيها (... وإن كان المشتري قد أحدث على العقار المشفوع بناء أو غرس فيه أشجاراً فالشفيع بالخيار إن شاء تركه ، وإن شاء تملك المشفوع باعطاء ثمنه وقيمة الأبنية والأشجار ، وليس له أن يجبر المشتري على قلع الأبنية والأشجار) والبدائع ٢٧٣٥/٦ ، تبيين الحقائق ٢٥٠/٥ .

لأن الشفيع يدعى الأخذ عليه عند نقد الأقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان ، لأن الشفيع إن كان يدعى عليه استحقاق الدار ، فالمشترى لايدعى عليه شيئاً لتخيره بين الترك والأخذ ولا نص هنا فلا يتحالفان (١) .

٢ — وذهب بعض التابعين إلى أن القول قول الشفيع ، لأن المشترى قد أقر له بوجود الشفعة وادعى عليه مقداراً من الثمن لم يعترف له به .

٣ — وأما أصحاب مالك فاختلفوا فى هذه المسألة .

ا — فقال ابن القاسم : القول قول المشترى إذا أتى بما يشبه باليمين ، فإن أتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع .

ب — وقال أشهب : إذا أتى بما يشبه فالقول قول المشترى بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين .

٤ — وحكى عن مالك أنه قال إذا كان المشترى ذا سلطان يعلم بالعادة أنه يزيد فى الثمن قبل قول المشترى بغير يمين وقيل ، إذا أتى المشترى بما لا يشبه رد الشفيع إلى القيمة ، وكذلك فيما أحسب إذا أتى بما يشبه ، وإن لم يشبها حلفا ورد إلى القيمة الوسط . ونكولهما كحلفهما ويقضى للحالف على الناكل (١) .

٨٥ — الراجح :

والذى أختاره للترجيح هو القول الأول لأبى حنيفة ومن معه لأن المشترى هو العاقد فهو أعرف بالثمن ، ولأن الشقص ملكه فلا ينزع من يده بالدعوى بغير بينة .

---

١ — فتح القدير ٢٢٤/٧ ، حاشية الدسوقى ٤٩٦/٣ ، الشرح الصغير ٢٦٦/٣ ، بداية المجتهد ٢٨٧/٢ ، تكملة المجموع شرح المهذب ١٧٩/١٤ ، المغنى ٣٥٥/٥ .

ولأن الشفيع يدعى عليه الأخذ بالأقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه، لقوله عليه الصلاة والسلام : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر[1]، والله أعلم .

وبعد : فهذا ما تيسرت كتابته فى أحكام الشفعة فى الشريعة الإسلامية أسأل الله أن ينفع به ، وأن يجعله خالصا لوجهه الكريم ، وأن يغفر لى ما وقع فيه من تقصير ، إنه بالإجابة جدير وعلى ما يشاء قدير والله أعلم بالصواب ؟

د / محمد عبد المقصود جاب الله
كلية الدراسات الاسلامية والعربية للبنات
بالاسكندرية

---

١ ـ الجامع الصغير ١٢٨/١ .